

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

MANOELLA PEIXER CYPRIANI

ESTADO DE EXCEÇÃO E DIREITO COMO DECISÃO:
A DESAPLICAÇÃO DA NORMA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Florianópolis (SC)
2017

MANOELLA PEIXER CIPRIANI

ESTADO DE EXCEÇÃO E DIREITO COMO DECISÃO:
A DESAPLICAÇÃO DA NORMA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para colação de grau.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi
Philippi.

Florianópolis (SC)

2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Cypriani, Manoella Peixer

Estado de Exceção e Direito como decisão: a desaplicação
da norma pelo Poder Judiciário brasileiro / Manoella
Peixer Cypriani ; orientadora, Jeanine Nicolazzi
Philippi, 2016.

80 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2016.

Inclui referências.

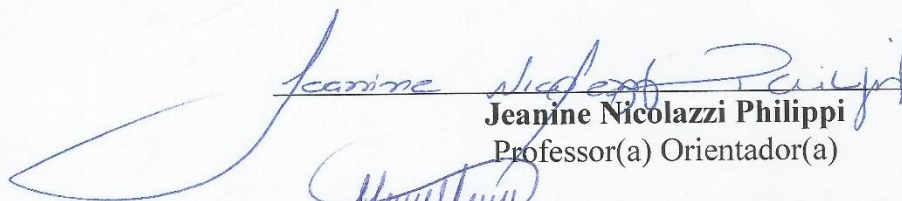
1. Direito. 2. Estado de Exceção. 3. Desaplicação da
norma. 4. Direito. 5. Poder Judiciário. I. Philippi,
Jeanine Nicolazzi . II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

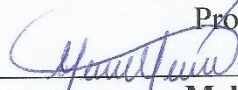
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Estado de exceção e direito como decisão: a desaplicação da norma pelo poder judiciário brasileiro**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Manoella Peixer Cypriani**, defendido em **07/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

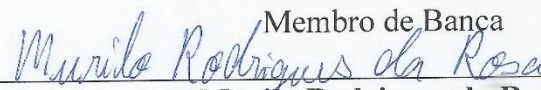
Florianópolis, 7 de Julho de 2017



Jeanine Nicolazzi Philippi
Professor(a) Orientador(a)



Melissa Mendes de Novais
Membro de Banca



Murilo Rodrigues da Rosa
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Manoella Peixer Cypriani

RG: 4652271

CPF: 077.319.769-98

Matrícula: 12201161

**Título do TCC: Estado de exceção e direito como decisão: a desaplicação da
norma pelo poder judiciário brasileiro**

Orientador(a): Jeanine Nicolazzi Philippi

Eu, **Manoella Peixer Cypriani**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 7 de Julho de 2017

Manoella Peixer Cypriani
Manoella Peixer Cypriani

AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço à minha mãe, por acreditar mais em mim do que eu mesma; por aceitar e apoiar minhas escolhas, sempre com muito amor e compreensão.

Agradeço às amigas que tenho ao meu redor e que me ajudaram a construir esse trabalho (direta ou indiretamente): Ananda, Adrilaine, Júlia Bordin, Júlia Padova, Juliana, Lara, Luana, Luiza, Marjorie, Marina, Rebeca, Priscilla, Stephanie, Talyta, Tamara, Thaís.

Agradeço especialmente à Júlia Bordin, que me fez ver possível este trabalho e, além disso, despertou a vontade e o interesse pela academia que estavam adormecidos em mim.

Agradeço à Prof.^a Jeanine por ter aceitado ser minha orientadora. Desde a primeira fase do curso, seus apontamentos me fizeram sair da minha zona de conforto e me interessar por questões externas às doutrinas e aos códigos. Se construí interesse pela Teoria do Direito, não tenho como deixar de dizer que, em parte, foi pela admiração do compromisso que a Prof.^a Jeanine possui com a academia e por todas as suas exposições em seminários e grupos de estudos dos quais participei.

Esse trabalho significa um pouco mais do que a conclusão de um curso. Significa o encerramento de uma fase muito especial, não só pelos conhecimentos que eu adquiri durante esses cinco anos de graduação, mas principalmente pelas pessoas que fizeram parte da minha vida e pelo aprendizado que cada uma trouxe para mim – tendo permanecido ou não no meu caminho. Por sorte minha, pra mais da segunda metade do curso eu (re)encontrei pessoas maravilhosas que não só me ajudaram quando eu mais precisei, mas que alegam todos os meus dias desde então: Júlia Bordin, Júlia Padova, Juliana Machado, Lara, Rebeca. Só tenho a agradecer pela vida ter colocado vocês no meu caminho e por estarem seguindo junto comigo. Vocês são pessoas essenciais na minha vida e me ensinaram que amizade é algo simples – basta que haja amor, carinho e gargalhadas.

Por fim, eu agradeço a tudo que me aconteceu durante esses cinco anos – tanto as coisas boas quanto as ruins. Acredito que se eu não tivesse, em certo ponto, me visto obrigada a levantar de novo e redescobrir outros caminhos e objetivos, eu nunca teria considerado possível elaborar esse trabalho. Isso me faz concluir que se tudo tivesse saído como eu planejava, eu jamais teria chego até aqui: exatamente onde eu queria estar.

“Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma aristocracia da toga”

Carl Schmitt

RESUMO

A presente monografia dedica-se à investigação da desaplicação da norma vigente pelo Poder Judiciário brasileiro mesmo sob a égide do Estado Democrático de Direito. A hipótese que se pretende verificar é se o desrespeito à norma válida acontece em virtude da ocorrência de um Estado de Exceção não declarado pelo Judiciário brasileiro. Para tanto, pesquisou-se a relação de mudanças legislativas em face de demandas econômicas, bem como, a ocupação do Judiciário como terceiro poder neutro dentre os demais, ocupando, assim, a posição de poder soberano. Após a realização da pesquisa, concluiu-se que há uma submissão do Poder Judiciário brasileiro às exigências econômicas e verificou-se que o desrespeito à norma vigente comprova que o Poder Judiciário é aquele que decide sobre a Exceção. Portanto, a desaplicação do ordenamento jurídico vigente, por parte do Judiciário, demonstra a ocorrência de um Estado de Exceção não declarado por este Poder. O método de abordagem utilizado foi o indutivo; o método de procedimento foi o monográfico e a temática foi desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: Estado de Exceção; Direito; Poder Judiciário; Desaplicação da norma.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC: Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCs: Ações Declaratórias de Constitucionalidade

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADIs: Ações Diretas de Inconstitucionalidade

CDC: Código de Defesa do Consumidor

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CPC/15: Código de Processo Civil 2015

CPC/73: Código de Processo Civil 1973

CPP: Código de Processo Penal

CRFB/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC: Emenda Constitucional

HC: Habeas Corpus

IDC: Incidente de deslocamento de competência

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

PEN: Partido Ecológico Nacional

REsp: Recurso Especial

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TRF4: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AS PREMISSAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DISCUSSÃO ENTRE DIREITO COMO NORMA E DIREITO COMO DECISÃO	12
1.1 O Estado Democrático de Direito	12
1.2 Direito como decisão e Direito como norma	14
2 ESTADO DE EXCEÇÃO E AS INTERFERÊNCIAS ECONÔMICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
2.1 Estado de Exceção na obra de Giorgio Agamben.....	29
2.2 A submissão do Judiciário às necessidades econômicas	39
3 O ESTADO DE EXCEÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	51
3.1 O neoconstitucionalismo como justificativa para a desaplicação da norma.....	51
3.2 Jurisprudências contrárias ao ordenamento jurídico.....	54
3.2.1 Sentença do Impeachment: violação do art. 52 da CRFB/88.....	55
3.2.2 Penhora do salário: violação ao art. 649, VI, CPC/73.....	56
3.2.3 O Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência.....	58
3.2.4 A Súmula 381 do STJ: ofensa ao Código de Defesa do Consumidor.....	61
3.2.5 Concessão de 180 dias para licença-paternidade	62
3.2.6 Lava-Jato: operação excepcional	64
3.3 A Exceção no Poder Judiciário brasileiro	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

O tema dessa monografia é o Estado de Exceção e a transformação do direito em decisão em virtude do desrespeito à norma jurídica vigente. O interesse pelo tema surge a partir da indignação com a incidência cada vez maior de sentenças judiciais contrárias à lei, desrespeitando não somente normas infraconstitucionais, mas inclusive a Constituição – prática incompatível com os preceitos do Estado Democrático de Direito. O problema que se pretende responder é: o que autoriza a desaplicação da norma jurídica vigente, mesmo sob a égide do Estado Democrático de Direito?

A hipótese que se apresenta é que a desaplicação da norma jurídica justifica-se em virtude da instauração de um Estado de Exceção não declarado pelo Judiciário brasileiro, em detrimento do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito ergue-se sob o princípio da legalidade e da segurança jurídica, entre outros. Tais princípios garantem que não só a norma seja respeitada, mas também que seja aplicada de forma igual a todos. Todavia, a ocorrência cada vez mais frequente de decisões judiciais contrárias à norma jurídica vigente ofende tais princípios. Além disso, tais pronunciamentos causam desconforto e insegurança não só na comunidade jurídica, mas em toda sociedade.

Para examinar o desrespeito à norma vigente é preciso antes realizar um estudo sobre as concepções do Direito. Para tanto, serão confrontadas as teorias de Hans Kelsen e Carl Schmitt no que diz respeito não somente à definição de Direito, mas inclusive sobre outros conceitos essenciais para a compreensão do raciocínio desses dois autores.

Ademais, cumpre apresentar a teoria do Estado de Exceção defendida por Giorgio Agamben. Adianta-se que, para o autor, a configuração do Estado de Exceção acontece quando, em virtude de emergências militares e/ou econômicas, ocorre a desaplicação da norma vigente, em que pese a vigência da ordem jurídica. Apesar de Agamben colocar o Executivo como Poder que decide sobre a Exceção, isso não impede que tal posição seja ocupada pelo Judiciário. Para investigar a sujeição do Judiciário brasileiro à emergências econômicas será analisada a relação entre o Documento n.º 319 do Banco Mundial e as alterações legislativas posteriores provocadas por este.

Ademais, serão analisadas algumas decisões judiciais recentes contrárias à ordem jurídica vigente. Após, será realizada uma intersecção entre a teoria schmittiana, a teoria de Agamben e a realidade jurídica brasileira, com o fim de se confirmar a hipótese apresentada:

verificar se a desaplicação norma válida acontece em virtude da ocorrência de um Estado de Exceção não declarado pelo Judiciário brasileiro.

O método de abordagem utilizado é o indutivo; o método de procedimento é o monográfico e a temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

1 AS PREMISSAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DISCUSSÃO ENTRE DIREITO COMO NORMA E DIREITO COMO DECISÃO

Neste capítulo inicial será feita uma breve análise sobre o Estado de Democrático de Direito e suas premissas básicas. Após, serão expostos os conceitos principais da teoria de Carl Schmitt e Hans Kelsen, principalmente no que tange à divergência dos autores a respeito da caracterização do Direito.

1.1 O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e tem por característica primordial a subordinação da legalidade a uma Constituição (BITTAR, 2016), permanecendo vinculado ao princípio da legalidade existente já no Estado de Direito. Pela Constituição possuir protagonismo determinante nos Estados Democráticos de Direito, alguns autores até denominam esse modelo como Estado Constitucional de Direito¹.

O Estado sujeita-se à lei que promove igualdade e justiça não somente de maneira formal, mas que gera modificações sociais visando alterar o *status quo* (SILVA, 2014). Busca também promover e garantir proteção aos direitos fundamentais, zelando pela efetivação do princípio da dignidade humana, caracterizado como elemento nuclear das cartas constitucionais (RANIERI, 2013).

Nesse modelo, adotado pela Constituição Brasileira de 1988², o princípio da dignidade humana passa a orientar a Constituição e todo o sistema jurídico, conduzindo não apenas as interpretações constitucionais mas também as infraconstitucionais, parte fundamental da

¹Para Luís Roberto Barroso, “o Estado Constitucional de Direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, as quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação.” (BARROSO, 2014, p. 279). Além disso, a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático” (BARROSO, 2005, p. 3)

²“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

aplicação do Direito. Não só, tal diretriz também induz a prática de condutas e programas que visem contornar as injustiças e desigualdades fáticas, permitindo que haja respeito aos direitos básicos como vida, educação, participação política, etc. (BITTAR, 2016). Disso decorre o caráter programático das Constituições modernas, instituindo não apenas normas, mas também diretrizes.

As Constituições passam a ter força normativa, significando portanto que suas disposições são vinculativas e de observância obrigatória. Além disso, a posterior constitucionalização do Direito garante “o efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2005, p. 16). Dessa forma, não apenas se deve observância às regras e leis, mas também aos princípios incorporados pela Carta Constitucional.

Canotilho elenca algumas características principais do Estado Democrático de Direito:

[...] vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; [...] Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; [...] Especialização de Poderes ou de Funções, marcada por um novo relacionamento e vinculada à produção dos “resultados” buscados pelos “fins” constitucionais; [...] **Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;** [...] **Segurança e certeza jurídicas.** (CANOTILHO, 2013, p. 114). Grifo meu.

No Estado Democrático de Direito o que garante ao cidadão seu tratamento igualitário e justo é o respeito ao princípio da legalidade. O desrespeito a tais garantias significa não somente o desrespeito à lei posta, mas uma ofensa a toda ordem democrática.

Barroso define que existem três tipos de limitação do poder no Estado Democrático de Direito: materiais, estruturais e processuais. As materiais consistem no respeito a valores básicos e também direitos fundamentais que sempre deverão ser respeitados, dos quais se destacam a dignidade da pessoa humana, justiça, liberdades individuais, etc. As limitações estruturais referem-se ao sistema de *check and balances*, efetivado pela divisão de tarefas legislativas, administrativas e judiciárias, permitindo que órgãos distintos se controlem reciprocamente. Quanto às limitações processuais,

Os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade) (BARROSO, 2014, p.29-30).

Assim, fica claro que as autoridades jurídicas, por exemplo, não podem agir de forma desvinculada das normas; devem se pautar pelo respeito à Constituição e apresentar fundamentação adequada com a ordem jurídica posta; esses são requisitos essenciais para validade dos atos jurídicos.

A supremacia constitucional no Estado Democrático de Direito coloca a carta magna no centro do sistema jurídico e, em virtude disso, propicia o aumento do protagonismo do judiciário na medida em que tal poder é provocado para conceder e garantir os direitos previstos na Constituição – tal característica determinou-se chamar de constitucionalização do Direito. Além disso, a instauração de tribunais superiores, para controle de constitucionalidade, posiciona o Judiciário como guardião da Constituição e órgão responsável por seu cumprimento. Tal tarefa é necessária e essencial num Estado Democrático de Direito, mas oferece riscos por conta do limite sutil entre defender a Constituição e tornar-se senhor dela. Atualmente tem-se visto

em plena democracia, tribunais, sem qualquer menção à jurisdição constitucional, fazer [sic] sobraçar textos legislativos infraconstitucionais e até mesmo a Constituição. E o fazem ao seu bel-prazer: quando interessa, assumem atitudes positivistas, como se a lei e o Direito fossem a mesma coisa; em outros momentos, também por razões pragmatistas, assumem posturas subjetivistas, como se o texto legislativo nada valesse (STRECK, 2014, p. 40).

É inadmissível que tais práticas aconteçam num Estado Democrático de Direito onde o princípio da legalidade, o respeito à lei e à ordem jurídica vigente deve ser total e acontecer sem exceções. Para tentar compreender por que tal realidade tem espaço na ordem democrática, serão expostos, a seguir, conceitos de Direito para Carl Schmitt e Hans Kelsen, que podem auxiliar na compreensão do problema.

1.2 Direito como decisão e Direito como norma

Neste item do capítulo serão debatidas as teorias de Hans Kelsen e de Carl Schmitt a respeito da definição do Direito como norma ou como decisão, respectivamente. Para chegar à discussão sobre a caracterização do Direito para esses dois autores é preciso antes explorar, de forma geral, alguns conceitos indispensáveis para compreensão das teorias mencionadas acima.

Para Carl Schmitt, não só o Direito é decisão como a própria validação da ordem jurídica acontece por uma decisão soberana. Nesse sentido, “a ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma” (SCHMITT, 2006, p. 11). A decisão é sempre de competência do soberano, de forma que “soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção” (SCHMITT, 2006, p. 7). Portanto, ele decide sobre a suspensão ou sobre a aplicação da ordem jurídica. O soberano é uma figura importantíssima na obra de Schmitt; ele se posiciona externamente à ordem jurídica, mesmo ainda pertencente a ela e, assim, decide se a Constituição pode ser suspensa de forma geral, ou não, para sanar o estado de necessidade (SCHMITT, 2006). Deve acontecer dessa forma, pois não há como a Constituição prever quando ou de que forma se resolverá o estado de necessidade: se será preciso suspender a ordem jurídica; quais medidas são ideais para retornar ao estado de normalidade; se medidas mais brandas já serão suficientes, etc. (SCHMITT, 2006).

Ou seja, justamente quando há uma situação de anormalidade (estado de necessidade) o poder soberano de decidir se sobrepõe aos demais e lhe permite determinar sobre a instauração do Estado de Exceção – com a consequente suspensão da ordem jurídica vigente – ou não. O Estado de Exceção expõe o monopólio decisório pertencente à autoridade soberana, por isso seu estudo é tão importante, conforme destaca Schmitt: “A exceção é mais interessante do que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo” (SCHMITT, 2006, p. 15).

A ocorrência do Estado de Exceção expõe a separação entre Estado e ordem jurídica. Schmitt explica que “[...] em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o Estado de Exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica” (SCHMITT, 2006, p. 13).

Assim, pode-se perceber a autonomia entre os conceitos de “ordem” e “jurídica”; para haver uma ordem ela não precisa necessariamente ser jurídica; é isso que permite a independência da existência do estado em relação à ordem jurídica, diferenciação esta que, por consequência, resulta na diferenciação entre Estado e Direito. Quando o soberano decide sobre a instauração do Estado de Exceção, ele suspende a norma jurídica vigente e autoriza que ele mesmo decida qual nova ordem será aplicada. Nesse momento, a decisão deixa de ser uma simples aplicação normativa da lei vigente para se tornar o próprio fundamento de uma nova ordem. Fica explicitada a desvinculação entre a ordem jurídica até então vigente e as decisões do soberano.

No Estado de Exceção, a decisão se desconecta totalmente de um correspondente jurídico e, mesmo assim, continua sendo válida. Isso pois, para Schmitt, a decisão é válida não por possuir uma fundamentação jurídica ou por seu conteúdo normativo, mas em virtude da autoridade que a declara. Isso permite que a autoridade crie o Direito mesmo sem vinculação com a razão (SCHMITT, 2006), seguindo a antítese de Hobbes ao asseverar que é a “autoridade, não a verdade, que faz a lei” (HOBBS apud SCHMITT, 2006, p. 31). Nota-se que Schmitt privilegia a questão formal da competência no ato de decidir: “o sujeito da decisão tem uma importância autônoma ao lado do seu conteúdo. Para a realidade da vida jurídica, depende de quem decide. Ao lado da questão da exatidão substancial, coloca-se a questão da competência” (SCHMITT, 2006, p. 32). Então, o soberano detém o poder de dizer o que é ou o que não é o Direito unicamente pelo fato de ser soberano, apoiado pelo povo.

Outro ponto relativo ao tema abordado pela teoria decisionista de Schmitt é a aplicação da norma, ou seja, a elaboração da sentença jurídica. Se o Direito não é autoaplicável, Schmitt entende que toda sentença judicial se origina de uma decisão tomada pelo juiz (autoridade competente). Todavia, a liberdade de decidir do juiz aqui é meramente aparente. Ele apenas pode decidir nos limites já impostos pela norma, pois a decisão do soberano é que cria o Direito, não a sentença judicial (SCHMITT, 2007).

É importante também destacar a conceituação do Estado na teoria schmittiana. Para o filósofo, o Estado corresponde à própria organização da sociedade. Assim, no Estado “não existe mais nenhuma esfera, perante a qual o Estado pudesse guardar uma neutralidade incondicional no sentido da não-intervenção” (SCHMITT, 2007, p. 117). Decorre disso a caracterização do Estado como total, pois se entende que não há como ele não intervir na ordem social (em todos seus aspectos) sendo ele mesmo a ordem social.

Apesar dessa equivalência entre Estado e sociedade, os partidos detentores de poder possuem interesses muitas vezes antagônicos e podem vir a não refletir com fidedignidade as vontades do povo, promovendo decisões no âmbito político que pretendem atender interesses subjetivos desses grupos em detrimento da realização dos anseios da sociedade. Realizando estudos sobre a situação política alemã à época, o autor concluiu que “o instável estado de coalização partidário leva a um governo incapaz de governar, a um não-governo, e dessa falta de decisão [...] surgem as variadas migrações da substância política” (SCHMITT, 2007, p. 158).

Disso emerge a peregrinação por uma despolitização que, nesse contexto, significaria “um sistema no qual não mais exista, em absoluto, nenhuma decisão política, apenas ainda objetividade e tecnicidade, em que as coisas se governam por si mesmas e as perguntas são

respondidas por si mesmas” (SCHMITT, 2007, p. 158). Ou seja, a decisão política deixa de ser emitida pelo Executivo e migra para outros polos de poder na expectativa de que isso traga um sistema mais objetivo e menos vulnerável às vontades dos grupos detentores de poderes políticos.

Um dos mecanismos para escapar dessa decisão política poderia ser, conforme aponta Schmitt, levá-la para o Judiciário. Mas o filósofo alerta que

[...] isso não conduz a uma objetivação neutra, mas, inversamente, à politização partidária da grandeza, até então, neutra. Os reais detentores do poder político podem proporcionar facilmente a influência necessária para a ocupação dos cargos de juízes e a nomeação de pareceristas peritos, se conseguirem isso, a resolução judicial ou a pericial da questão tornar-se-á um meio cômodo de sua política e isso é contrário do que se objetivava verdadeiramente com a neutralização (SCHMITT, 2007, p. 159).

Outrossim, a palavra *despolitização* refere-se sempre a eliminação de uma específica forma de política, pois a política é “inevitável e inextinguível” (SCHMITT, 2007, p. 161). O que se pretende com a despolitização é evitar o risco da preponderância do interesse de grupos políticos, mas isso não é possível porque se o Estado é total e corresponde à sociedade, não há como desvinculá-lo da decisão política. A solução reside não na despolitização, mas na construção de uma política que não se desvincule do interesse da sociedade (SCHMITT, 2007).

Mas, como se identifica quais são os interesses da sociedade? Como o povo se transforma em unidade? (SCHMITT, 2007). Uma forma seria a organização através dos partidos; mas, conforme já mencionado, na visão de Schmitt, isso traria como consequência um Estado instável e a sociedade acabaria se tornando vítima das coalizões dos interesses desses grupos de poder, sobrevivendo situações, como, por exemplo, “governos incapazes de governar e, devido as suas vinculações compromissórias, irresponsáveis, acordos partidários faccionais e ininterruptos e realizados as custas de um terceiro ou do todo estatal, [...] distribuição de cargos e prebendas estatais” (SCHMITT, 2007, p. 129). Para contrabalancear esse conflito de interesses, Schmitt utiliza a teoria de Benjamin Constant a respeito do poder neutro. Esse terceiro neutro seria responsável por garantir o respeito à vontade do povo, representando a união, harmonia e unidade da sociedade. Mas esse “poder neutro” não pode ser um dos poderes do Estado, pois isso originaria uma hierarquia entre os próprios poderes. A pergunta inicial deste parágrafo é respondida com a afirmação de que o povo deve se identificar na figura do soberano e, somente o soberano, terceiro neutro, poderá harmonizar e defender que as vontades da sociedade sejam respeitadas dentro do Estado (SCHMITT, 2007).

A própria Constituição autoriza o Reich para “se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão” (SCHMITT, 2007, p. 234). A função do soberano é essencial, sendo “consequente, em um Estado de Direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isto, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle” (SCHMITT, 2007, p. 193). O guardião deve defender o povo como uma unidade contra o conflito de interesses dos grupos sociais e econômicos de poder, sendo também sua função garantir o funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas e agir com poderes especiais em casos de necessidade (SCHMITT, 2007).

Se não houver esse terceiro neutro, autoridade soberana que represente um ponto fixo, uma figura de equilíbrio e representação da sociedade, o Estado acaba por ser plataforma para servir aos interesses partidários. Se o Estado sofrer com essa coalização permanente e se transformar em arena de disputas por poder, é preciso um representante que promova a unificação do povo.

Portanto, nota-se que o soberano, na função de terceiro neutro, é o guardião da Constituição. Mas, para entender o que isso significa, é essencial ressaltar as diferenças entre os conceitos de Constituição e leis constitucionais para o autor. Na teoria schmittiana, as leis constitucionais referem-se às normas contidas dentro de um documento formal positivado hierarquicamente superior as demais normas, passível de controle de constitucionalidade por tribunais, etc.; já a Constituição retrata a decisão política do povo em sua forma unificada. Dessa maneira, pode-se concluir que o povo, em sua forma una, conserva o Poder Legislativo constitucional (SCHMITT, 2007). Portanto, não concerne ao soberano definir qual é a vontade do povo (senhor da Constituição), apenas resguardar que esses interesses não sejam lesados e atuar como o guardião da Constituição.

Partindo para a teoria kelseniana, o autor define Direito como “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 2009, p. 5). A validade do ordenamento jurídico se fundamenta na existência de uma norma fundamental (*Grundnorm*), da qual se retira a validade para todas as demais normas (KELSEN, 2009).

Assim, Direito é um conjunto de normas prescritivas; é uma ordem social normativa que diferencia-se das demais, por exemplo, da moral, por ser coercitiva e o monopólio dessa coação pertence ao Estado. Disso decorre que a determinados indivíduos (juízes, por exemplo)

é dado “poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção” (KELSEN, 2009, p. 36), podendo até mesmo ser utilizada a força física para execução da sanção. Aliás, justamente essa é a característica primordial na diferenciação do Direito dentre as demais ordens: a possibilidade do uso da força para coagir o agente que praticou uma conduta proibida a sofrer a sanção prevista.

Na teoria de Kelsen, todo Estado é um Estado de Direito, pois não há Estado sem ordem normativa de coerção que regulamente a conduta humana (Direito), de forma que não há Estado sem Direito. Disso decorre que a única hipótese de diferenciação entre um Estado e outro reside no conteúdo de sua ordem jurídica; nessa conformidade, um indivíduo pertence a certo Estado por estar submetido a determinada ordem coercitiva relativamente centralizada (KELSEN, 2009). Ademais, o Estado somente existe enquanto vigente a ordem jurídica, sendo pois “a existência do Estado no espaço o domínio espacial da vigência da ordem jurídica estadual, assim a existência temporal do Estado é o domínio temporal da vigência da mesma ordem jurídica” (KELSEN, 2009, p. 320).

No Estado (de Direito) defendido por Kelsen, sua essência consiste em vincular a jurisdição e a administração às leis, sendo também “os membros do governo responsáveis por seus atos, os tribunais independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento garantidas” (KELSEN, 2009, p. 346). Assim, percebe-se que para o autor não faz sentido falar sobre diferenciação entre Estado e Direito, sendo aquele a realização da eficácia da ordem jurídica através dos instrumentos de poder (KELSEN, 2009).

Dando seguimento à conceituação de Estado em Kelsen, para o autor não é possível haver uma diferenciação absoluta das funções do Estado. A função do Legislativo e a função do Judiciário, por exemplo, convergem na medida em que ambas consistem em criação e aplicação do Direito, pois “legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do Direito, e duas etapas intermediárias” (KELSEN, 2007, p. 125). O Legislativo, por exemplo, ao elaborar novas leis, também aplica a Constituição, pois é dessa norma superior que se extraem outras normas inferiores, harmônicas entre si, de forma que “cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de Direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do Direito com respeito ao grau superior” (KELSEN, 2007, p. 126).

Assim, percebe-se que a criação e a mera execução do Direito se confundem, constatação que impede a diferenciação completa dos poderes dentro de um Estado de Direito.

Isso torna-se ainda mais evidente quando fala-se sobre as normas e a aplicação do Direito na teoria kelseniana.

Para o autor austríaco, a ordem jurídica reúne um conjunto de normas que prescrevem uma conduta (*dever-ser*) enquanto a conduta real representa o *ser* (KELSEN, 2009). As normas prescrevem condutas que devem ser praticadas pelos indivíduos, garantindo a boa convivência em sociedade, a segurança e a paz. É necessário que haja tais prescrições pois a comunidade precisa viver em harmonia, com segurança. Essa é a função do Direito: regulamentar o comportamento humano para garantir que o uso da força seja limitado pelo ordenamento jurídico, protegendo os cidadãos da violência uns contra os outros.

Assim, as condutas prescritas possuem um juízo de valor positivo, caracterizando-se como “boas” enquanto as condutas opostas às prescritas pelo ordenamento jurídico são valoradas como “más” (KELSEN, 2009). Portanto, dizer que o *ser* é oposto ao *dever-ser* significa que a conduta praticada é inversa a uma prescrição normativa e, portanto, o agente deve sofrer uma sanção em virtude de ter praticado uma conduta proibida.

Desta forma, “o ato de coação deve precisamente ser efetivado quando se verifique, não a conduta prescrita, mas a conduta proibida, a conduta que é contrária ao Direito” (KELSEN, 2009, p. 38). Caso o agente não concorde em sofrer ou se submeter à sanção (que pode ser uma privação de liberdade, privação de bens econômicos, etc.), é nesse momento que compete ao Estado usar a coação para que seja efetivada a sanção (KELSEN, 2009).

Como dito, a ordem jurídica configura-se num sistema cuja validade reside na existência de uma norma fundamental. Há então, um sistema hierarquizado de normas, onde toda norma inferior deve respeito a sua norma superior e, por fim, todas devem estar em harmonia com a norma fundamental. Disso implica-se que nenhuma norma é verdadeira ou falsa, apenas pode ser válida ou inválida quando comparada com suas normas superiores, as quais deve respeito (KELSEN, 2009).

Existente a ordem jurídica válida, é preciso analisar como ocorre sua aplicação. Se Direito é norma, essa norma possui efeito imperativo. No entanto, “aplicar e executar a norma não é simplesmente reproduzi-la, é acrescentar a ela algo que ela não continha” (KELSEN, 2007, p. 190).

É preciso que o juiz interprete a norma geral para que seja possível aplicá-la ao caso concreto, originando assim, uma norma individual, de forma que “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 2009, p. 387).

A interpretação é essencial para a aplicação do Direito pois a determinação da norma nunca é absoluta. Ela poderá ser indeterminada em virtude do seu texto por apresentar conceitos plurais, ambíguos, ou mesmo por ser impossível que contemple todas as suas possibilidades de aplicação. Portanto, “a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (KELSEN, 2009, p. 388). Portanto, a norma geral é uma moldura que contém diversas interpretações possíveis para um mesmo dispositivo normativo. Toda sentença é um ato decisório de produção normativa que, em certo grau, também cria o Direito (KELSEN, 2009). Percebe-se aqui que o autor não considera o juiz como um mero reproduzidor automático da lei jurídica. Aplicar o Direito, para o autor, significa escolher (ato político) uma dessas interpretações e então elaborar uma norma individual para aquele caso concreto em análise. Portanto,

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 2009, 391).

Compreende-se então que não existe uma interpretação que seja mais correta ou justa do que as demais, tornando-se ato voluntário do órgão aplicador (ou mais precisamente, do juiz) eleger qual das interpretações contidas na moldura apresenta-se mais adequada ao caso concreto.

Por mais que a atividade interpretativa jurisdicional encontre-se vinculada ao ordenamento jurídico, Kelsen não ignora a possibilidade de se “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009, p. 394). Considera-se, aqui, o desvio da forma correta da aplicação do Direito, vislumbrando na prática um “ser” que difere-se do “dever-ser”, mas apenas de forma excepcional.

Assim, fica clara a presença do ato decisório, portanto político, na atividade jurisdicional. Salienta-se que a interpretação do Direito, isto é, a criação do Direito, só é autêntica quando desempenhada por órgão competente ou autoridade competente. Portanto, na teoria kelseniana, também é cogitada a possibilidade de haver uma decisão desconforme às normas, porém válida em virtude de ser proferida por autoridade competente.

Quanto à conceituação de Constituição para o autor, ela é um documento positivado, permitindo a equivalência entre Constituição e lei constitucional, contendo não apenas leis e regras, mas também princípios, diretrizes gerais, regulamentações referentes aos órgãos

executivos superiores, procedimentos legislativos; enfim, uma gama muito maior de disposições da qual resulta a importância social e jurídica da Constituição; é também um documento que representa uma situação de equilíbrio na qual os grupos com interesses distintos, até mesmo opostos, permanecem em acordo (KELSEN, 2007).

Porém, de nada adianta haver uma Constituição positivada se não existirem também mecanismos para tornar sua observância obrigatória ou que propiciem a não aplicação da norma nos casos em que a ela contrariar a Constituição. Ainda, esse controle só se torna útil se houver a possibilidade de anular³ leis formalmente válidas, porém inconstitucionais, pois caso contrário de nada adiantaria existir uma Constituição (KELSEN, 2007). Nessa perspectiva, uma lei pode ser formalmente válida por respeitar todo o procedimento legislativo instituído na lei constitucional, mas mesmo assim ser considerada inconstitucional por desrespeitar disposições contidas em normas hierarquicamente superiores.

De acordo com Kelsen, o Poder Judiciário acaba destacando-se como mais apto para proceder o controle da constitucionalidade pois encontra-se vinculado e limitado pela própria Constituição; além disso, “a independência dos tribunais é vista como uma garantia suficiente da regularidade de seus atos” (KELSEN, 2007, p. 148).

Todavia, para cessar a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional é preciso uma decisão. Esse componente político do controle de constitucionalidade pode desenvolver uma ameaça à segurança jurídica, problemática extremamente atual e já vislumbrada por Kelsen da seguinte maneira: “a falta de unidade das soluções e a insegurança do Direito daí resultante, que se faz sentir desagradavelmente quando um tribunal se abstém de aplicar um regulamento ou uma lei por considerá-los irregulares, quando outro tribunal faz o contrário” (KELSEN, 2007, p. 145). Não só, em casos em que um órgão nega aplicação de uma lei por reputá-la inconstitucional e outro a aplica por considerá-la constitucional, tal situação também ameaça a própria autoridade da Constituição (KELSEN, 2007). A solução proposta por Kelsen para reter o aumento da insegurança jurídica consequente desse controle seria confiar tal função somente às instâncias jurídicas superiores. Mas isso desencadeia outro impasse: num sistema em que há separação dos poderes, é legítimo que um deles possa anular atos de outro poder?

³Para Kelsen, anulação de uma norma é o ato de não aplicar tal norma por considerá-la irregular ao caso concreto, ou seja, para aquele caso específico a norma carece de validade. Dessa forma, “a autoridade chamada a aplicar a norma geral, que tenha o poder de retirar sua validade no caso concreto se conhecer sua irregularidade, tem na realidade o poder de anulá-la – porque fazer desaparecer a validade de uma norma e anulá-la são uma só e mesma coisa -, mas a anulação é simplesmente parcial, limitada ao caso em exame” (KELSEN, 2007, p. 144). Em nosso sistema jurídico, poderíamos comparar a anulação de Kelsen com a declaração de inconstitucionalidade de um ato, fulminando assim, sua validade e aplicação.

A resposta, segundo o autor, é que o objetivo da separação ou da independência dos poderes dentro do Estado é justamente conceder poder para que cada um possa fiscalizar os demais. Esse controle é indispensável para o equilíbrio dos poderes, inclusive sendo possível sua aplicação nos decretos de necessidade emitidos pelo Executivo, ocasião em que esse controle torna-se mais essencial ainda. Kelsen destaca também que tal argumento sobre a incongruência entre jurisdição constitucional e soberania do legislador serve meramente para ocultar a insatisfação do legislador em ver-se limitado pelo Judiciário (KELSEN, 2007). Na verdade, o Poder Legislativo não se dá conta que a própria atividade legiferante encontra-se previamente limitada pelo texto Constitucional, sendo o controle do Judiciário necessário somente quando extrapolados os limites da criação do Direito.

Nesse sentido, o autor ressalta ainda mais a impossibilidade de distinção absoluta entre os poderes, pois o controle sobre a anulação ou não de leis seria uma função tipicamente legislativa; no entanto, não faz sentido deixar ao próprio órgão que criou a lei o controle da constitucionalidade destas mesmas leis. Ora, o que está em jogo nessa questão é o controle e a garantia de que não haverá espaço para leis inconstitucionais no Estado. Se num Estado de Direito não houver mecanismos e instituições tais que impeçam a elaboração e aplicação de normas inconstitucionais, o princípio da legalidade estaria gravemente ameaçado (KELSEN, 2007).

Há ainda outro fator relevante nessa discussão tão atual: por se tratar de uma função legislativa, o fator contramajoritário das decisões dos tribunais sobre a anulabilidade das leis não demandaria que seus membros fossem escolhidos da mesma forma que os membros do Poder Legislativo? Conforme anuncia Kelsen, esse impasse é resolvido quando diferencia-se a elaboração da anulação das leis. Enquanto na elaboração das leis há interesses políticos, conflitos ideológicos e afins interferindo nas decisões, “a anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição” (KELSEN, 2007, p. 153). Kelsen afirma, portanto, que a função do tribunal jurisdicional é “principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do Direito” (2007, p. 153), diferenciando-se muito pouco de tribunais ordinários ou mesmo, da função jurisdicional de cada autoridade jurídica.

No entanto, o autor não afasta a possibilidade de haver interferências políticas nessa tarefa, até mesmo os próprios juízes podem acabar sendo influenciados – de maneira direta, ou indireta. Mas esse é um problema inerente não somente aos tribunais constitucionais, mas também aos ordinários. A aplicação do Direito sempre estará, de certa forma, vulnerável a interferências políticas, pessoais, e afins, pois aqueles que julgam são também homens

(KELSEN, 2007). Todavia, esse problema não constitui razão suficiente para se afastar a ideia da existência de um tribunal jurisdicional para controle constitucional, pois se essa fosse a justificativa, não haveria como tolerar a existência dos demais órgãos jurisdicionais.

Além disso, o problema de interferências políticas e sobreposição de interesses específicos ao interesse da população são perigos inerentes também a todos os demais poderes, não servindo então como argumento para afastar o Judiciário de exercer a guarda da Constituição. Ademais, Kelsen não desconsidera a preocupação sobre o perigo de influências políticas adentrarem os tribunais constitucionais, externando esse receio quando afirma que “pode-se certamente discutir sobre a conveniência de tal instituição, e ninguém afirmará que se trata de uma garantia absolutamente eficaz em qualquer circunstância” (KELSEN, 2007, p. 248). No entanto, afirma que, em que pese o tribunal constitucional não ser o modelo perfeito e isento de falhas, certamente a nomeação do chefe de Estado como guardião da Constituição mostra-se muito mais falível.

Pelo exposto, pode-se perceber que para Kelsen o órgão defensor, guardião da Constituição, seria o tribunal constitucional. É interessante perceber a visão do autor quando vislumbra nesse sistema de controle não apenas uma garantia de que não haverá leis contrárias à carta constitucional, mas também, que tal instrumento pode ser “capaz de impedir que a maioria viole os seus [minoria] interesses constitucionalmente protegidos” (KELSEN, 2007, p. 182), demonstrando também um aspecto social positivo em tal estruturação do controle constitucional.

Nessa perspectiva, Kelsen considera uma ficção a hipótese do chefe do estado representar um terceiro neutro, isento de subjetividades em suas decisões, plenamente apto a exercer o controle constitucional (KELSEN, 2007). A própria ideia de considerar que, a partir de uma votação, o chefe de estado eleito por maioria dos votos (não por unanimidade) representará, plenamente, a vontade geral do povo unitário, é vista como inconcebível para o teórico austríaco.

Nesse entendimento, Kelsen questiona a aparente ignorância de Schmitt ao não considerar a possibilidade de violações constitucionais por parte do governo, mas apenas pelo parlamento (KELSEN, 2007). Na verdade, segundo argumenta Kelsen, a doutrina do poder neutro é utilizada por Schmitt para “mascarar o efetivo, radical contraste de interesses que se expressa na realidade dos partidos políticos, e mais importante ainda, na realidade do conflito de classes que está por trás destes” (KELSEN, 2007, p. 281).

Essa discordância decorre do conceito de Constituição para Kelsen: documento positivado que “exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado” (KELSEN, 2007, p. 130), ou seja, um acordo entre os polos de poder.

Kelsen sugere que essa construção teórica foi elaborada para justificar e garantir, mesmo após a superação da monarquia absoluta, o poder nas mãos do chefe de Estado e, assim, consolidar o espaço para que este possa exercer seu poder político de forma mais ampla. Para tanto, foi preciso criticar e afastar a viabilidade da existência de uma corte jurisdicional como guardião da Constituição e um dos argumentos utilizados foi defender a impossibilidade de coexistirem funções jurisdicionais e políticas numa mesma instituição. Assim, quando Schmitt classifica o controle de constitucionalidade das leis como um ato político (por ser um ato decisório da corte), ele afasta a viabilidade de órgão jurídico exercer tal função de controle (SCHMITT, 2007).

Conforme já observado, para Kelsen em qualquer sentença judiciária há, com graus variáveis, um elemento decisório. Assim, para aplicar o Direito é preciso que se faça uma interpretação da norma geral e, dentre essas interpretações, uma delas seja escolhida para criar a norma individual a ser aplicada no caso concreto (KELSEN, 2009). Dessa forma:

Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou de outro, está lhe conferindo um poder de criação do Direito, e portanto um poder que dá a função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa. (KELSEN, 2007, p. 251)

Observa-se que para Kelsen a separação entre política e atividade jurisdicional é impensável, pois aquela é substancial para a própria aplicação do Direito na medida em que toda sentença jurídica é uma decisão. Ademais, não é porque comporta também uma função política que o tribunal constitucional deixa de ser um órgão de atividade jurisdicional e passa a ser caracterizado como um órgão com função legislativa.

Como também é preocupação de Kelsen limitar os atos políticos dentro do exercício do controle de constitucionalidade, o autor propõe que as leis sejam elaboradas com conceitos menos ambíguos, imprecisos; assim, estar-se-ia restringindo a discricionariedade os juízes. Caso contrário, “existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa e ele” (KELSEN, 2007, p. 263). Portanto, Kelsen não vislumbra motivos concretos para que o chefe do parlamento seja

uma melhor escolha do que um tribunal constitucional para guardar a Constituição, desde que tomados alguns cuidados.

Pelo exposto, agora pode-se confrontar os conceitos de cada autor, identificando suas aproximações e afastamentos.

Enquanto para Kelsen Direito é ordem normativa inserida em sistema com mesmo fundamento de validade, para Schmitt o Direito surge de uma decisão proferida pelo soberano. Se para Kelsen o Estado só existe enquanto houver uma ordem jurídica vigente, em Schmitt esse conceito é totalmente afastado, pois somente em situação de normalidade há essa configuração jurídica; em casos excepcionais, como no Estado de Exceção, o Estado continua existindo mesmo quando o Direito já não está mais vigente. Essa diferença deriva do posicionamento que cada autor confere à política; Schmitt coloca a política acima de qualquer norma, submetendo o Direito, em sua origem e validade, à decisão soberana (RANIERI, 2013). Por outro lado, em Kelsen há “uma visão segundo a qual a Política se curva ao Direito, na medida em que a racionalidade do sistema jurídico se impõe aos impositivos de ordem meramente política” (BITTAR, 2016, p. 306).

Na teoria de Schmitt, a obediência é obrigatória independentemente do conteúdo material das leis e demais atos que o soberano decide sobre, até mesmo para que se mantenha a unidade social (BITTAR, 2016). Nesse ponto, ocorre uma singela aproximação entre os autores. Kelsen descarta a análise do conteúdo da norma para atestar sua validade; desde que esteja em consonância com as normas de hierarquia superior, não há o que se questionar, pois a despolitização do Estado considerada por Kelsen permite que a legitimação seja alcançada pela simples submissão do ato aos procedimentos formais previstos na ordem jurídica positivada (RANIERI, 2013). Conforme salientado, para Schmitt, sendo a decisão proferida por autoridade competente, isso é suficiente para atestar sua validade.

Kelsen defende que a aplicação do Direito se dá, sempre, através de uma criação do Direito, portanto, por um ato político. Isso porque o juiz escolhe dentre as várias interpretações contidas na moldura da norma geral aquela que considera mais adequada ao caso (KELSEN, 2009). Nesse processo, o procedimento decisório deveria manter-se dentro das margens da moldura da norma geral, mas Kelsen reconhece a possibilidade do juiz, por conta própria, emitir sentença judicial fora dos limites da moldura da norma geral (KELSEN, 2009). Percebe-se, no entanto, que Kelsen considera essa conduta possível na realidade apenas como um desvio da normalidade, não como regra geral. Já Schmitt vislumbra essa prática como fundante da sua

teoria, onde a decisão é válida porque autoridade competente a emitiu, não em virtude de seus fundamentos. Ou seja, Direito é o que autoridade competente diz que é (SCHMITT, 2007).

Apesar dessa aproximação, os autores divergem fervorosamente sobre quem deve ser o guardião da Constituição. Para Kelsen a função de guardião da Constituição equipara-se à atividade do controle de constitucionalidade, enquanto para Schmitt o poder soberano não só atua como “defensor e guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas” (SCHMITT, 2007, p. 233), mas em situações de crise possui poderes excepcionais para garantir uma proteção efetiva da Constituição (SCHMITT, 2007).

Kelsen rechaça a teoria construída por Schmitt por, primeiro, considerar que é possível encontrar um interesse comum a todos os membros da sociedade; segundo, por enxergar o soberano, chefe de Estado, como um terceiro neutro que poderá, sozinho, zelar pelo respeito à Constituição, sem considerar que o soberano também poderá exceder seus poderes (KELSEN, 2007). Schmitt propõe isso porque não acredita que a fusão das funções jurídicas e políticas seja saudável, propondo então que a atividade política restrinja-se ao poder soberano, eliminando a possibilidade de um tribunal constitucional intervir na seara legislativa/executiva e decidir sobre a anulabilidade ou não de leis, bem como, de impor sua vontade nos momentos de crise (SCHMITT, 2007).

Kelsen critica a posição do autor alemão argumentando que a própria aplicação do Direito pressupõe um ato político de decisão, pois sempre que escolhe uma das interpretações possíveis de uma norma, o juiz realiza um ato político. Assim, impossível distinguir plenamente a atividade jurisdicional da atividade política (KELSEN, 2007).

Na verdade, Schmitt propõe concentrar todos atos políticos no soberano, concedendo a ele a função de, ao mesmo tempo, representar o povo e ser guardião da Constituição, pois acreditava dessa forma promover mais segurança e unidade. No entanto, o autor não considera que o soberano também é passível de erros e poderia acabar utilizando todo esse poder que possui para alcançar seus objetivos próprios, mesmo que contrários a uma parcela (ou toda) da sociedade.

Ademais, permitir que o soberano possa decidir sobre a ordem jurídica e, também, que seja sua competência zelar por essa mesma ordem, parece dar espaço para arbitrariedades que, caso houvesse controle por parte de outro poder, seriam mais reprimidas. Isso é que propõe Kelsen: que o guardião da Constituição seja um poder diferente do poder constituinte, trazendo assim mais eficácia e imparcialidade na análise da constitucionalidade ou não das leis (KELSEN, 2007).

Por fim, pode-se dizer que para Kelsen caberia ao Poder Judiciário, limitado pelas normas e pela extensão de sua competência, decidir sobre a validade ou não de atos supostamente inconstitucionais. Todavia, em Schmitt o terceiro neutro deve garantir o respeito à Constituição, à ordem jurídica posta (podendo inclusive suspender a ordem para promover sua garantia), mas sem agir como senhor da Constituição. Além disso, em casos de necessidade, o soberano mune-se de poderes especiais para proteção efetiva da Constituição.

Apesar do sistema jurídico brasileiro adotar o modelo kelseniano, ou seja, determinar ao Judiciário a função de decidir sobre o controle de constitucionalidade, nota-se a crescente semelhança do modelo schmittiano com o Poder Judiciário brasileiro. Isto pois, sob a justificativa de proteger a ordem constitucional e os ditames democráticos, este coloca-se acima da Constituição e desvia-se dos limites da norma, emitindo decisões válidas não em virtude de sua fundamentação, mas em função da autoridade que as emite. Este ponto será abordado com mais ênfase no último capítulo deste trabalho.

2 ESTADO DE EXCEÇÃO E AS INTERFERÊNCIAS ECONÔMICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo será abordada a obra de Giorgio Agamben sobre o Estado de Exceção, bem como, será realizado um estudo sobre mudanças legislativas realizadas no ordenamento jurídico após o advento do Documento n.º 319 do Banco Mundial. Essas análises são substanciais para que se possa proceder à verificação da ocorrência do Estado de Exceção no Judiciário brasileiro.

2.1 Estado de Exceção na obra de Giorgio Agamben

Inicialmente cumpre destacar que Agamben trata da teoria do Estado de Exceção não como gênero dos quais são espécies estado de sítio e estado de defesa, conforme consta na ordem jurídica brasileira⁴, mas como uma espécie de paradigma de governo. Para que seja possível observar a ocorrência do Estado de Exceção como forma de governo é preciso primeiro investigar aspectos conceituais e históricos desse instituto.

Primariamente se discute se o Estado de Exceção é interno ou não ao ordenamento jurídico, pois, em muitos casos, ele está previsto na ordem jurídica constitucional para que em casos de necessidade o soberano seja autorizado a tomar medidas que julgue necessárias, mesmo que além das permitidas por sua competência.

Isso pode causar algumas situações contraditórias como, por exemplo, o Estado nazista, que durante todo o Terceiro Reich operou legalmente e esteve sob as ordens de um “Decreto para proteção do Povo e do Estado”, que suspendia as liberdades individuais até então garantidas aos indivíduos. Através de um ato formalmente legal, excluíram-se garantias individuais de certos grupos por uma motivação política, sob a justificativa de proteção do povo e da ordem do Estado.

⁴Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, o soberano elabora uma situação de emergência e dispõe que, para manutenção da ordem vigente, é necessária a suspensão de certas garantias – muitas vezes dirigidas a certos grupos. Agamben informa que a “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (AGAMBEN, 2004, p. 13). Atualmente, na maioria dos casos essa situação de emergência refere-se a uma emergência econômica, e é criada (ou supervalorizada) para que se fundamente a suspensão de direitos que antes eram considerados intransponíveis.

Conforme demonstra Agamben em sua pesquisa, a aproximação entre guerra e economia aparece na França quando, mesmo após o fim das hostilidades militares, a ampliação do Poder Executivo continuou em virtude de emergências econômicas que perpetuaram os poderes especiais do soberano para impedir a desvalorização da moeda do país (AGAMBEN, 2004, p. 24). Carl Schmitt já observava a possibilidade do desenvolvimento de um estado de emergência e de Exceção especificamente por uma justificativa econômica financeira quando o art. 48 da Constituição do Reich “reconheceu como admissível, sob a pressão do caráter essencialmente econômico e financeiro de atuais situações de emergência, a aplicação dos poderes extraordinários sobre situações de emergência e perigos de cunho econômico financeiro” (SCHMITT, 2007, p. 173). O art. 48 da Constituição de Weimar permite que, de fato, tal interpretação seja extraída, pois determina que:

Se, no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente [erheblich] conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais [Grundrechte], estabelecidos nos art. 114, 115, 117, 118, 124 e 153 (AGAMBEN, 2004, p. 28).

Além disso, em 1919, Schmitt constatava que, “correspondente ao desenvolvimento econômico e social, a continuação da formação do estado de sítio e de guerra, anteriormente apenas policial e militar, rumo a um estado de emergência e de Exceção econômico tinha que ser mantida em aberto” (SCHMITT, 2007, p. 185).

Ademais, a título exemplificativo, Agamben apresenta em seu estudo alguns casos em que prisioneiros/estrangeiros deixam de ser considerados como cidadãos possuidores de direitos e garantias e passam a ser tratados como indivíduos numa zona de anomia, sem submissão ao controle nem proteção judicial (AGAMBEN, 2004).

Atualmente pode-se observar países – tanto da América do Norte quanto da Europa – convergindo no combate ao terrorismo e adotando medidas restritivas para grupos específicos com a justificativa de estarem zelando pela segurança nacional e manutenção da ordem. Tal proteção vem servindo de argumento para inúmeras manobras e ações que afrontam de forma violenta os direitos humanos, como por exemplo, o Decreto feito pelo atual Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, proibindo a entrada e a permanência de descendentes de sete países de origem islâmica: Líbia, Sudão, Iêmen, Somália, Iraque, Irã, Síria (FOLHA, 2017). Ou seja, a esse grupo de pessoas não é respeitado o direito de ir e vir, de serem tratados com dignidade e tantas outras garantias previstas em declarações mundiais e ordenamentos jurídicos. A simples pretensão de medidas como essa demonstra que o autoritarismo não é uma forma de governo inimaginável nas democracias atuais.

É frequente a associação do Estado de Exceção com um direito de guerra (civil ou militar), mas esta relação é equivocada: o Estado de Exceção corresponde não a uma ordem jurídica excepcional, mas sim, a uma suspensão da norma vigente. O Estado de Exceção não é a instauração de um novo direito, ou de uma nova ordem, nem a abolição da norma; mas a criação de um espaço de anomia onde a lei posta possui vigência, mas não é aplicada.

Essa associação com o direito de guerra talvez seja tão automática porque o surgimento da ideia de suspensão da Constituição é relacionado com a ocorrência de revoltas armadas ou outros fatores que ameacem a segurança do Estado. Nesses casos, previa-se a extensão dos poderes das autoridades militares juntamente com a suspensão de certas previsões constitucionais para garantia da ordem. Isso explica a relação quase automática que se faz entre o Estado de Exceção e plenos poderes de decisão para o soberano. Segundo Agamben, o que acontece no Estado de Exceção não é a vigência de um direito de guerra; é a expansão dos de um dos Poderes, permitindo a promulgação de pronunciamentos que possuem força-de-lei, sem possuir vigência (AGAMBEN, 2004).

A ampliação de poderes do Executivo em relação aos demais pode vir a ser uma hipótese, mas não é um requisito e, portanto, não esgota a ocorrência de um Estado de Exceção onde o Judiciário se agiganta em relação aos demais poderes. Agamben utiliza o método arqueológico e paradigmático em sua pesquisa; isso significa que o autor trabalha com paradigmas, “neutralizando a falsa dicotomia entre universal e particular. Um paradigma (o termo grego quer dizer simplesmente ‘exemplo’) é um fenômeno particular que, enquanto tal, vale para todos os casos do mesmo gênero” (COSTA, 2006). Portanto, não é o agigantamento do Executivo sobre os demais poderes que caracteriza o Estado de Exceção, mas sim a

suspensão da norma, a separação entre a forma e a força de lei e a insurgência de pronunciamentos e decisões com força-de-lei (sem que sejam lei).

“A abolição provisória da distinção entre Poder Legislativo, Executivo e Judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em uma prática duradoura do governo” (AGAMBEN, 2004, p. 19). Não apenas durante o momento de guerra ou de emergência econômica, mas também após a resolução de tais conflitos o Estado de Exceção permanece como forma de governo e sua durabilidade agrava ainda mais a usurpação dos demais poderes em favor de apenas um.

Nos casos em que o Poder Executivo se sobrepõe aos demais, o grande problema é verificar até que momento as decisões do soberano justificam-se pelo resguardo da ordem. Quem decide o que é necessário ou não para que haja suspensão dos direitos? Qual juízo define se a decisão é exagerada ou adequada? Em última instância, essas decisões são políticas e não submetem-se a nenhum crivo ou aprovação, pois partem do poder soberano. Por isso, essa configuração de governo é tão perigosa – o soberano define seus próprios limites.

Outra questão relevante no estudo do Estado de Exceção é sua “posição geográfica”. A existência ou não da previsão do Estado de Exceção no ordenamento divide a doutrina. Parte defende que não há como regulamentar algo que se encontra fora da ordem jurídica enquanto a outra parte argumenta que deve haver a previsão do Estado de Exceção porque, caso não haja, “os atos de governo, realizados fora da lei ou em oposição a ela, podem ser teoricamente considerados ilegais” (AGAMBEN, 2004, p. 22).

De toda forma, a regulamentação ou não do Estado de Exceção não protege a sociedade da instauração de um regime totalitário não declarado que tenha como justificativa o resguardo da ordem jurídica, conforme destacado anteriormente. Assim, “em última análise, as duas posições são solidárias no excluir a existência de uma esfera da ação humana que escape totalmente ao direito” (AGAMBEN, 2004, p. 24). Esse impasse doutrinário se reflete também no ordenamento de cada país. Posicionar o Estado de Exceção dentro ou fora do ordenamento jurídico interfere na caracterização do próprio Estado de Exceção.

Nessa mesma discussão sobrevém corrente defendendo a fundamentação do Estado de Exceção a partir do estado de necessidade, com base no adágio “*necessitas legem non habet*”, que comporta dois significados: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei” (AGAMBEN, 2004, p. 40).

Quando se menciona que a necessidade não reconhece nenhuma lei, refere-se ao fato de que, não importa se havia uma norma que proibía um ato X; instaurada a necessidade e

indispensável a execução do ato X, ele será executado e deixará de ser ilícito para ser considerado lícito. Dessa forma, “a teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da Exceção (*dispentatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à observância da lei” (AGAMBEN, 2004, p. 41).

No entanto, a necessidade não suspende a lei, como acontece no Estado de Exceção. Ela retira da submissão da norma um ato específico sob a justificativa de que a norma não cumpre mais sua finalidade primária e, por isso, não deve ser aplicada ao caso.

Ademais, a própria declaração do que é necessidade, de quando se é preciso estar sob um estado de necessidade é um conceito subjetivo e, em última instância, se resume a uma decisão: “a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais” (AGAMBEN, 2004, p. 46). Portanto, o estado de necessidade não se confunde com o Estado de Exceção nem deve servir de fundamento para este.

O estado de necessidade aparece como uma lacuna interna ao ordenamento jurídico e precisa ser preenchido pela autoridade competente quando se manifesta. Já o Estado de Exceção configura-se quando ainda vige a lei (então não há espaços vazios no ordenamento, como há no estado de necessidade), mas sua aplicação é suspensa (a realidade não corresponde ao previsto juridicamente). Por isso, a dificuldade em localizar o Estado de Exceção como interno ou externo ao ordenamento, pois ele não representa uma lacuna jurídica e sim fictícia, uma lacuna que “não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação” (AGAMBEN, 2004p. 48).

Para Schmitt, essa discussão sobre pertencimento ou não do Estado de Exceção no ordenamento jurídico pode ser explicada da seguinte maneira:

Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oximoro êxtase-pertencimento (AGAMBEN, 2004, p. 57).

O soberano detém o poder de decidir, inclusive sob o Estado de Exceção – pois ele realiza em si a figura do poder constituinte. Assim, a teoria do Estado de Exceção, para Schmitt, relaciona-se com a doutrina da soberania, pois é o soberano que, com o poder da decisão (sem vinculação a norma jurídica), decide a respeito do Estado de Exceção – mesmo contra a norma posta.

Além da ditadura da soberania, Schmitt também fala sobre a ditadura comissária. A ditadura comissária define-se pela suspensão da norma para defender sua própria existência,

enquanto a ditadura soberana corresponde ao poder do soberano de decidir sobre o Estado de Exceção. Enquanto o soberano representa o poder constituído em seu grau máximo, ele também é poder constituinte. Ao mesmo tempo em que encontra-se dentro do ordenamento, ele também está fora e é isso que o permite decidir sobre a Exceção.

Ainda, Schmitt defende que norma e decisão são elementos autônomos. A separação entre a norma e sua aplicação é evidente, pois “de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual” (AGAMBEN, 2004, p. 63). O direito processual constrói a ligação entre esses dois elementos, permitindo que a partir da norma se elabore uma decisão. A partir disso “pode-se então definir o Estado de Exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade” (AGAMBEN, 2004, p. 58).

Agamben discorda, pois considera falaciosas “as doutrinas que, como a de Schmitt, tentam inscrever indiretamente o Estado de Exceção num contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão” (AGAMBEN, 2004, p. 79). O Estado de Exceção supera essa discussão porque ele pressupõe elementos além do direito, como emergência econômica ou desordem civil.

Outra particularidade do Estado de Exceção é a ocorrência de atos que não são lei, mas vinculam e obrigam como se fossem. O sintagma “força-de-lei” torna-se o centro do debate e refere-se aos decretos ou outros atos que o Executivo expede e que possuem obrigatoriedade de lei, mesmo sem serem lei. Devem ser referidos por decretos com “força-de-lei”, simbolizando a obrigatoriedade/força de lei, mas sem sua formalidade.

Na obra de Agamben o Executivo aparece como o poder que se sobrepõe aos demais, expedindo atos e decretos com “força-de-lei”, mesclando sua atuação com as competências do Legislativo – característica comum do Estado de Exceção. Conforme já comentado, trata-se apenas de uma das formas da ocorrência do Estado de Exceção e não impede que outros arranjos de poder se configurem – que o Poder Judiciário emita decisões e pronunciamentos com “força-de-lei”, por exemplo.

O Estado de Exceção “define um “estado da lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem força) e em que, de outro lado, atos que não tem valor de lei adquirem sua “força” (AGAMBEN, 2004, p. 61)

Somente após uma caracterização do Estado de Exceção como decisão sob uma emergência (militar ou econômica) é possível então compreender a ligação entre as primeiras formas relacionadas ao Estado de Exceção e sua configuração atual.

A primeira figura que remete ao Estado de Exceção, segundo Agamben, pode ser encontrada no estado romano. Quando Roma enfrentava situações que colocavam em risco a república, o Senado emitia um decreto declarando o *tumultus*, seguido pelo *iustitium*. Este último pode ser caracterizado por “uma suspensão não apenas da administração da justiça, mas do direito enquanto tal” (AGAMBEN, 2004, p. 68).

O *iustitium* não instaura uma ditadura, uma nova ordem nem permite plenitude de poderes as autoridades. É pela suspensão do direito que surge a possibilidade de poderes ilimitados. Por mais que no Estado de Exceção a ordem continue vigente, no espaço onde há a suspensão da norma surge “um vazio e uma interrupção do direito” (AGAMBEN, 2004, p. 75). Já no *iustitium* todos possuem poderes ilimitados – não há nada que restrinja os poderes de ninguém, a liberdade de praticar (ou não) qualquer ato é plena. Durante o *iustitium* não há lei, “o magistrado ou o simples particular que agem durante o *iustitium* não executam nem transgridem nenhuma lei e, sobretudo, também não criam direitos” (AGAMBEN, 2004, p. 78).

Os *iustitium* se afasta do Estado de Exceção conceituado anteriormente, pois durante o *iustitium* há ausência de uma ordem jurídica, enquanto no Estado de Exceção a ordem continua vigente, mas não é aplicada. Entretanto, o ponto de identificação entre as duas figuras é que, em ambas, no espaço anômico (causado pela suspensão da aplicação da norma ou pela suspensão de todas as normas) os atos são separados da lei, mas possuem “força-de-lei”.

Segundo Agamben, o estudo do *iustitium* foi renegado não somente pela sua dificuldade, mas também porque no fim da República ele passou a significar luto público, “e o novo significado substitui tão bem o velho que a própria lembrança desse austero instituto parece apagar-se” (2004, p. 102).

Vesnel procurou investigar os motivos dessa substituição, e analisou que os “períodos de luto são, frequentemente, caracterizados por uma suspensão e uma alteração de todas as relações sociais” (AGAMBEN, 2004, p. 102). De forma semelhante, nos períodos de crise política/institucional, por conta do Estado de Exceção, advém um espaço de anomia, uma suspensão da aplicação da ordem vigente. Essa conclusão é satisfatória para visualizar a aproximação do período de luto com o Estado de Exceção, mas é insuficiente para investigar a relação entre o luto público e o *iustitium*, pois este possui significado e consequências políticas

enquanto aquele, inicialmente, apresenta-se como um comportamento social comunitário causado pelo evento morte.

Augusto Frascchetti conseguiu evidenciar o sentido político do luto público dizendo que a ligação nasce “não num pretense caráter de luto da situação extrema ou da anomia, mas no tumulto que os funerais do soberano podem provocar” (AGAMBEN, 2004, p. 104). Na ocasião de morte de um soberano, criava-se uma situação de tumulto e tornava-se necessária a proclamação do período de *iustitium*.

Mais que isso,

a correspondência entre anomia e luto torna-se compreensível apenas à luz da correspondência entre morte do soberano e estado de exceção. O elo original entre *tumultus* e *iustitium* ainda está presente, mas o tumulto coincide agora com a morte do soberano, enquanto a suspensão do direito torna-se parte integrante da cerimônia fúnebre (AGAMBEN, 2004, p. 105).

A relação entre *iustitium*, Estado de Exceção e luto torna-se mais clara ainda quando se explora a teoria do soberano como lei viva, formulada por Diotogene. Se o soberano personaliza em si todos os poderes, é lei viva, disso sobressaem dois postulados. Primeiro, o soberano não se encontra obrigado pela lei, pois ele decide a lei. Porque não está submetido à lei, ele comporta em si tanto a completude da ordem jurídica quanto a total anomia. O soberano representa a ordem, a norma, mas representa também uma relação intrínseca com a decisão sobre anomia e, consequentemente, com a decisão sobre o Estado de Exceção. Disso se conclui que, “antes de assumir a forma moderna de uma decisão sobre a emergência, a relação entre soberania e Estado de Exceção apresenta-se sob a forma de uma identidade entre soberano e anomia” (AGAMBEN, 2004, p. 107).

Há um ponto interessante estudado por Agamben sobre os períodos regulares de anomia nas sociedades, além da ocorrência do luto quando provinha a morte do soberano. Mesmo em tempos e culturas diferentes, existem eventos periódicos que reúnem características comuns, como a permissão de condutas consideradas intoleráveis em condições normais, inversão de comportamentos (homem x mulher) e “inauguram, portanto, um período de anomia que interrompe e, temporariamente, subverte, a ordem social” (AGAMBEN, 2004, p. 108).

No Brasil temos como exemplo o carnaval, consolidado como período onde permite-se, ou justifica-se, uma série de comportamentos que em outro período não seriam aceitos. É como se, de fato, houvesse uma suspensão da ordem religiosa, moral e em alguns casos até mesmo jurídica. Como exemplo, no carnaval de 2017 surgiram diversas campanhas pretendendo reverter essa situação através da criação de uma conscientização de que, inclusive

no o carnaval, os atos/delitos não deixam de configurar-se como tal e também são passíveis de apuração e posterior punição.

Agamben traz os estudos de Karl Meuli a respeito desses fenômenos, relacionando “as festas anômicas com o estado de suspensão da lei” (AGAMBEN, 2004, p. 109). Essa “anarquia legal” explicita que internamente ao direito subsiste a anomia, e no caos a busca pela regra, “como um campo de forças percorrido por duas tensões conjugadas e opostas: uma que vai da norma à anomia e a outra que, da anomia, leva à lei e à regra” (AGAMBEN, 2004, p. 111).

A análise desses períodos anômicos previstos permite a conclusão de que a sociedade busca o direito, a regulamentação para fugir do caos, do terror anômico; mas também apresenta uma “tendência anômica que desemboca no Estado de Exceção ou na ideia do soberano como lei viva” (AGAMBEN, 2004, p. 111).

Se a vida do soberano for tida como a lei, quando há anomia o que sobra é a vida do soberano e o caos. Não estando obrigado à lei, ele é que decide sobre o Estado de Exceção. Nessas “festas anômicas” o que se observa é a decisão do soberano (ou dos poderes soberanos) de consentir a suspensão da norma vigente durante período específico de tempo, conforme já acontecia a partir da declaração do *iustitium* e como sucede no Estado de Exceção.

Além do *tumultus* e *iustitium*, outras figuras romanas como *auctoritas* e *potestas* também são importantes para compreensão das transmutações do Estado de Exceção.

No direito privado romano, a figura do *auctoritas* era imprescindível para validação dos atos. No direito público, corresponde a “prerrogativa por excelência do Senado” (AGAMBEN, 2004, p. 119). Já *potestas* designa um “elemento normativo e jurídico em sentido estrito” (AGAMBEN, 2004, p. 130).

A *auctoritas* confere legitimidade em relação à *potestas* do magistrado e do povo, ou seja, é parte necessária para que esse sistema se legitime. Outro aspecto relevante é que “a *auctoritas* parece agir como uma força que suspende a *potestas* onde ela agia e reativa onde ela não estava mais em vigor. É um poder que suspende ou reativa o direito, mas não tem vigência formal como o direito” (AGAMBEN, 2004, p. 121). A relação desse instituto com o Estado de Exceção é clara: a *auctoritas* possui a função/autorização de lidar com a suspensão do direito, podendo decidir sobre sua suspensão e aplicação.

A aproximação dessas figuras com o Estado de Exceção também aparece com o *hostis iudicatus*, nome dado ao cidadão romano declarado pelo Senado como inimigo público por atentar contra a segurança pública. O *hostis iudicatus* não era mais considerado um cidadão como os outros; ele encontra-se fora da proteção da ordem jurídica e podia “em qualquer

momento, ser destituído da posse de seus bens e condenado à morte” (AGAMBEN, 2004, p. 123). A lei vige na sociedade, mas o *hostis iudicatus* é excluído de sua aplicação, ficando assim, submetido a uma outra ordem que, para ele, terá força-de-lei, da mesma forma com os prisioneiros/estrangeiros nos estados modernos, conforme mencionado no início deste capítulo.

A *auctoritas* relaciona-se com a pessoa viva do soberano, o que significa que o soberano é não somente a encarnação de uma *postestas*. Essa relação inaugura a figura do *auctoritas principis*, observado pela primeira vez na pessoa de Augusto, que concentrou em si não somente a vida pública, mas também a privada. Ele expressa em sua pessoa uma *auctoritas*, retratando em si próprio a imanência entre o direito e a vida do soberano. Nessa perspectiva,

embora seja evidente que não pode existir algo como um tipo humano eterno que, a cada vez, se encarna em augusto, Napoleão ou Hitler, mas somente dispositivos jurídicos mais ou menos semelhantes – o estado de exceção, o *iustitium*, a *auctoritas principis*, o *Fuhrertum* – que são usados em circunstâncias mais ou menos diversas na década de 1930, principalmente – mas não só – na Alemanha, o poder que Weber havia definido como “carismático” é ligado ao conceito de *auctoritas* e elaborado em uma doutrina do *Fuhrertum* como poder original e pessoal de um chefe (AGAMBEN, 2004, p. 128).

O *auctoritas principis* vai além da figura do soberano como detentor do poder de decisão sob a aplicação da lei ou não. A identidade do direito com a vida torna-se manifesta; ele corporifica a figura do poder constituído e do poder originário – como se ele mesmo representasse toda a ordem jurídica. Por essa correlação “a norma pode ser aplicada ao caso normal e pode ser suspensa sem anular inteiramente a ordem jurídica porque, sob a forma da *auctoritas*, ou da decisão soberana, ela se refere imediatamente à vida e dela deriva” (AGAMBEN, 2004, p. 130).

Todo esse percurso histórico é basilar para compreensão da atual concepção do Estado de Exceção. Agamben anuncia que hoje, em escala planetária, vivenciamos o Estado de Exceção como um paradigma de governo (nem sempre declarado), uma situação não apenas momentânea em ocasiões de guerra ou crise econômica, mas permanente. Essa Exceção se vislumbra na prática contemporânea com os decretos com força-de-lei que o Executivo promulga, suspendendo a aplicação das leis formais vigentes, por exemplo.

A hipótese que se apresenta neste trabalho é que o Estado de Exceção se estabelece, no Brasil, de forma não declarada pelo Poder Judiciário brasileiro e autoriza que decisões providas de autoridade competente possuam força-de-lei, mesmo quando contrárias à lei.

Um dos indícios que demonstram a submissão do Judiciário à comandos econômicos é o Documento n.º 319, emitido pelo Banco Mundial, motivador de significativas mudanças no sistema jurídico brasileiro, pontos que serão estudados a seguir.

2.2 A submissão do Judiciário às necessidades econômicas

No ano de 1996 o Banco Mundial emitiu o Documento Técnico n.º 319 dispondo acerca dos elementos essenciais para reforma do setor Judiciário na América Latina e no Caribe. Já no prefácio do documento o objetivo das orientações é exposto: “necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 7). Além disso, “a reforma do Judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade na resolução de conflitos, ampliando o acesso à justiça e promovendo o desenvolvimento do setor privado” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 19).

O documento investiga os problemas dentro do sistema jurídico dos países em questão e aponta recomendações que devem ser seguidas a fim de solucionar os empecilhos jurídicos para o desenvolvimento econômico. As indicações restringem-se à esfera civil, pois, além do Banco Mundial não possuir autorização para desenvolver alterações na esfera penal, “a intervenção nessa área não é considerada como forma produtiva em alcançar os seus objetivos, isto é, gerar o desenvolvimento econômico” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 18).

De acordo com o Banco, a inoperância estrutural do Poder Judiciário é a maior causa da insegurança jurídica e a morosidade do Judiciário. Essa insegurança provoca um aumento não só da desconfiança dos cidadãos no Judiciário, mas também propicia o aumento do risco e do custo das atividades econômicas. A demora do Judiciário em resolver as demandas que lhe são apresentadas contribui para a fuga dos atores econômicos desse sistema, e isso acaba por desencorajar as transações comerciais com atores desconhecidos, provocando, a longo prazo, o enfraquecimento da competitividade no mercado. Esses são pontos que, segundo o Banco Mundial, precisam urgentemente ser aperfeiçoados para que o Judiciário passe a favorecer a realização de transações e atividades econômicas, não o contrário.

O Judiciário deve pretender interpretar e aplicar a lei de forma igualitária e eficiente, garantindo a previsibilidade das decisões judiciais, a acessibilidade ao Judiciário para todos e

todas, independentemente das condições sociais, duração razoável do processo e um sistema processual recursal adequado às pretensões (BANCO MUNDIAL, 1996, p.18)

Em síntese, o que o documento propõe são:

- 1) Reformas na estrutura do Judiciário (fortalecimento da independência do Judiciário, gerenciamento de processos e reformas administrativas);
- 2) Alterações legislativas processuais, incentivo e aprimoramento das modalidades alternativas de resolução de conflitos (ampliação do acesso à justiça, redução do número de litígios judiciais);
- 3) Reformas no sistema de ensino jurídico.

Dentre os três itens, apenas os dois primeiros são de interesse para este estudo e serão abordados a seguir.

No que se refere às questões de reforma administrativa, o documento indica formas de independência necessárias para o funcionamento adequado do Judiciário, das quais destacam-se duas: independência funcional e independência pessoal.

Para que o magistrado construa suas decisões jurídicas de acordo com a norma vigente, sem se deixar influenciar por pressões midiáticas, políticas, pessoais, institucionais ou das partes envolvidas na demanda, é preciso que haja plena independência funcional. Somente assim o magistrado encontra-se apto e seguro para emitir decisões que respeitem a ordem jurídica vigente, mesmo que contrárias a interesses específicos ou ao clamor da população. Segundo o Banco, uma atuação mais incisiva do Judiciário em relação aos demais poderes também é essencial para que se cultive essa independência funcional.

A independência funcional complementa a independência pessoal, que refere-se “ao fato terem investiduras estáveis nos cargos e bons níveis salariais, bem como o controle das atribuições processuais dos magistrados, pautas de julgamento, critérios de remoção e transferência” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 21) É essencial para o processo decisório imparcial e independente que o magistrado não se sinta ameaçado ao pronunciar-se de forma antagônica aos clamores do Executivo, midiático ou da população.

Essas e as demais formas de independências trabalhadas no Documento n.º 319 são consideradas imprescindíveis para Judiciário ser um componente relevante na área econômica. Isso pois, somente com um Judiciário independente em relação ao Executivo e ao Legislativo é que poderá haver controle e/ou suspensão dos atos que estes Poderes expedirem pretendendo obstar as reformas econômicas necessárias (BANCO MUNDIAL, 1996).

O documento também destaca a necessidade de transparência no processo de ingresso na carreira da magistratura e a valorização dos melhores profissionais. Uma vez nomeados, um sistema de avaliação é essencial para controle e incentivo da qualidade na prestação jurisdicional. O próprio Judiciário deverá realizar essas avaliações, pois a intervenção de outro poder talvez mitigasse a independência de atuação Judiciário. Para tanto, a criação de um sistema disciplinar administrado por um Conselho Judicial mostra-se fundamental para a “manutenção de altos padrões de qualidade do Judiciário” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 25). Esse mesmo Conselho deverá ser composto por “membros do Judiciário, conselhos profissionais de advogados, cidadãos e o Executivo” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 27), realizará investigações iniciais e receberá reclamações sobre a atividade jurisdicional.

Além dessas mudanças, é preciso também alterar significativamente a forma como o Judiciário é gerenciado. De acordo com pesquisas realizadas pelo Banco Mundial, cerca de 65% do tempo dos juízes brasileiros é utilizado para realizar funções administrativas e orçamentárias dentro da sua jurisdição, restando apenas 35% do tempo para dedicar aos processos. A ausência de conhecimentos específicos para operar com funções administrativas acaba resultando num nível menor de eficiência do que se fossem contratados servidores com conhecimentos orçamentários, contábeis e gerenciais, que poderiam realizar um trabalho com mais qualidade em menos tempo. Logo, o Banco Mundial sugere a contratação de pessoal qualificado para assumir essas funções administrativas e orçamentárias, permitindo aos magistrados dedicarem mais tempo aos assuntos de gabinete e reduzirem o número de processos acumulados (BANCO MUNDIAL, 1996).

Ademais, os orçamentos devem englobar investimentos em infra estrutura e modernização das cortes judiciais, visto que “o aumento da necessidade por tecnologias modernas, segurança e por Cortes hábeis a acomodar procedimentos orais tem tensionado o modelo tradicional da estrutura das Cortes” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 32). As mudanças estruturais das Cortes devem acompanhar as necessidades das reformas, propiciando um ambiente seguro e confiável ao utilizar avanços tecnológicos em favor do sistema jurídico. As tecnologias também devem ser utilizadas para o gerenciamento de processos, auxiliando na visualização de qual etapa processual provoca mais entrave no processo, por exemplo. Aliás,

[...] é importante que as avaliações sobre o fluxo processual sejam feitas pelas Cortes, como forma de analisar as questões relacionadas a morosidade, e estabelecer prazos padrões para processamento de processos e monitoramento individual do andamento de cada processo (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 33).

A elaboração de metas, sistemas de estatísticas, divulgação de práticas com resultados positivos e premiação de procedimentos bem sucedidos também são estratégias para reduzir a lentidão nos julgamentos. Além disso, a publicação de tais estratégias a toda comunidade contribui também para aumentar a confiança da população no Judiciário. O Banco ainda destaca que tais medidas podem reduzir os índices de corrupção dentro do Judiciário, pois se os processos forem julgados dentro de um tempo razoável, não há necessidade dos advogados, das partes interessadas oferecerem “incentivos” para que os processos subam para o topo das pilhas de julgamento (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 34).

Mudanças na legislação processual também são parte importante na reforma do Judiciário proposta pelo Banco Mundial. É preciso inserir mais procedimentos orais e reduzir formalidades, visto que “no Brasil, 82% dos magistrados indicaram que o excesso de formalidades processuais é a causa de uma administração da justiça ineficiente” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 36). Além disso, mudanças no sistema recursal, como a imposição de requisitos mais restritos para interposição de recursos, são formas de reduzir o tempo de tramitação do processo até a decisão final.

O Banco Mundial enfatiza a importância de introduzir mecanismos alternativos de resolução de conflitos com o objetivo de desafogar o Judiciário e otimizar o tempo de resposta às demandas judiciais. Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos podem ser extrajudiciais ou incorporados à justiça formal, e são formas atraentes para os litigantes porque atendem a diferentes interesses. A mediação, por exemplo, “pode ser uma forma efetiva de solução de conflitos, para muitos que não tem condições de arcar com os custos das demandas” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 40). Já a arbitragem tem sido utilizada em grandes disputas comerciais e empresariais, principalmente porque método proporciona árbitros com conhecimento especializado e oferece uma resposta num tempo menor do que numa disputa judicial.

Todavia, apesar dos benefícios que a utilização desses mecanismos alternativos apresentam, um ponto interessante para reflexão é que

[...] esse sistema é uma resposta a ineficiência do Judiciário e pode assegurar a necessária competição na resolução de conflitos. Todavia, uma justiça de paz eficiente deve complementar o Judiciário e não criar instâncias adicionais, que impeçam o acesso à justiça ao invés de ampliá-lo (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 40).

O sistema alternativo de resolução de conflitos deve auxiliar a justiça formal, não agravar sua situação. Pelo fato de muitos desses mecanismos alternativos de resolução de

conflitos serem considerados extrajudiciais, a competição entre os sistemas pode se apresentar saudável e incentivar o Poder Judiciário a sair da posição confortável em que se encontra, sem esforçar-se o quanto deveria para fornecer um serviço de qualidade e eficiência.

Quanto a ampliação do acesso à justiça, infere-se que as opções propostas são: redução dos custos de litigância para os hipossuficientes, criação de juizados especializados em pequenas causas, treinamento prático dos estudantes de direito e também dos operadores do direito.

Conforme mencionado, todas essas orientações feitas pelo Banco Mundial atendem a objetivos específicos:

A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas, as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não serão completos. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza. A reforma do Judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contemplada qualquer reforma legal, uma vez que sem um Judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz (BANCO MUNDIAL, 1996, p.61)

Os reflexos dessas recomendações no nosso ordenamento jurídico podem ser observados com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/04, próximo item de estudo.

A Emenda Constitucional n.º 45 – não por acaso – foi apelidada de a “emenda da reforma do Judiciário brasileiro”. Analisando a EC n.º 45 concomitantemente com o Documento n.º 319 do Banco Mundial é possível verificar claramente o alinhamento das questões tratadas em ambos documentos e, também, a submissão com que o ordenamento brasileiro acatou as recomendações apresentadas pelo Banco.

Cumprе ressaltar que, conforme já comentado, a reforma jurídica proposta pelo Banco Mundial demanda mudanças que dificilmente se realizam em apenas uma etapa. Assim, as alterações estruturais que a EC n.º 45 estabelece fazem parte de uma primeira etapa da reforma, pois também são necessárias mudanças processuais para que se integrazem as alterações demandadas pelo Banco Mundial.

Uma das mudanças com significativas consequências foi a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da CRFB/88 garantindo a todos “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2004a), que atende claramente a pretensão do Banco Mundial de que a morosidade do Judiciário seja significativamente reduzida.

Obviamente, um dispositivo normativo por si só não é capaz de realizar essas mudanças práticas; é preciso que outras mudanças estruturais propiciem essas alterações.

Houve a criação do incidente do deslocamento de competência (IDC) que garante a transferência dos casos em que houver grave violação de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário para a justiça federal, quando houver demora injustificada no processamento do litígio na justiça comum, conforme determina o art. 109, §5º, CRFB/88.⁵ Uma medida para favorecer a confiança e garantir a celeridade processual adequada aos casos de graves violações.

Seguindo, o art. 103-B *caput* definiu a criação – e nos seus incisos a composição – do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e o art. 92, I-A incluiu o CNJ no rol de órgãos do Poder Judiciário (BRASIL, 1988). O CNJ é a concretização do Conselho Judicial proposto pelo Banco Mundial, constando como suas atribuições as seguintes atividades:

Art. 103-B, § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

⁵Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (BRASIL, 1988)

VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (BRASIL, 1988).

Todas essas atribuições pretendem proporcionar mais transparência ao Poder Judiciário e, por consequência, aumentar a confiança na instituição jurídica do país. O próprio CNJ reconhece que o Poder Judiciário era⁶ visto como uma “caixa preta” pela opinião pública, por conta da falta de transparência de informações nas cortes e varas do país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015). Destaca-se a função de supervisão orçamentária dos órgãos do Poder Judiciário, garantindo assim a independência orçamentária tão destacada no Documento n.º 319.

A composição do CNJ (art. 103-B, incisos I ao XIII, CRFB/88)⁷ também atende aos requisitos do Banco Mundial, contando com um quadro diversificado de participantes que contempla magistrados, membros do Ministério Público, advogados, cidadãos indicados pela câmara de deputados e senado federal.

Além da criação do CNJ, a EC n.º 45 também definiu novas competências para o Supremo Tribunal Federal (STF) e criou o instituto da Súmula Vinculante, elaborado para evitar que questões repetitivas chegassem até os tribunais e fossem discutidas novamente. Dentre as

⁶ Pesquisas recentes demonstram que, apesar das alterações propostas visando aumentar a confiança da sociedade e também do mercado no Poder Judiciário, esse Poder continua sendo visto com desconfiança. Segundo o Relatório do ICJBrasil (Índice de Confiança na Justiça no Brasil) do primeiro semestre de 2016, realizado pela FGV Direito SP, apenas 29% dos brasileiros confia no Poder Judiciário. Além disso, o Poder Judiciário figura em 7º lugar no ranking de “Confiança nas Instituições”, ficando atrás das Forças Armadas (59%), Igreja Católica (57%), Imprensa Escrita (37%), Ministério Público (36%), Grandes Empresas (34%), Emissoras de TV (33%) (CUNHA, 2016). Nesse mesmo sentido, pesquisa recente sobre a implementação da Lei de Acesso à informação e da Resolução n.º 215 do CNJ nos Tribunais de Justiça observou que o Judiciário ainda está muito longe de ser visto como uma instituição transparente, seja porque não ignorou às exigências do texto da Lei de Acesso à Informação e não se adequou as mesmas, seja porque a utilização de linguagem robusta e jurídica dificulta a compreensão das (poucas) informações que são disponibilizadas (ARTICLE 19, 2016). Mesmo após cinco anos da implementação da Lei de Acesso à Informação e a Resolução n.º 215 do CNJ, o Judiciário ainda figura como um Poder fechado e de difícil acesso (ARTICLE 19, 2016).

⁷ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (BRASIL, 1998).

alterações na competência do STF, destaca-se a consideração de efeito vinculante para todas as decisões definitivas de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade – mais uma ferramenta para evitar que demandas repetitivas se proliferem no Poder Judiciário.

Ainda, a EC n.º 45 gerou mudanças significativas sobre o Estatuto da Magistratura, tais como: requisito de no mínimo três anos de prática jurídica para ingresso no cargo; promoções de acordo com níveis de produção e aproveitamento em cursos e especializações; sanções; proibições de práticas corruptas e exercício da advocacia em até três anos após o fim do exercício da magistratura (medida visando reprimir o tráfico de influências). Para reduzir o tempo que os magistrados gastam com atividades administrativas, o inciso XIV do art. 93 CRFB/88 autoriza os servidores a deliberar sobre atos administrativos que não possuam caráter decisório (BRASIL, 1988). Facilmente pode-se verificar que a E.C. n.º 45/04 acata e normatiza as recomendações feitas pelo Banco Mundial.

O aperfeiçoamento dos juristas também recebe atenção na EC 45/04, que prevê a realização de cursos para preparação, aperfeiçoamento dos magistrados e, conforme o art. 93, II, ‘c’, CRFB/88, “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (BRASIL, 1988). Juntamente com o art. 93, II, ‘e’, esses artigos “induziram a interpretações de que o merecimento deveria ser analisado por meio da quantidade de despachos, de sentenças e de acórdãos prolatados por um magistrado e pelo fiel cumprimento dos prazos processuais” (ROBL FILHO, 2013, p. 230).

Após a emenda, tornou-se obrigatória a realização pública dos julgamentos, exceto nos casos em que a exposição das partes possa provocar constrangimentos. Mais uma medida que visa fomentar a transparência e confiança no Judiciário.

Em relação ao acesso à justiça, destaca-se o art. 107, §2º e §3º da CRFB/88⁸, os quais determinam que as instâncias estaduais federais realizarão atividades jurisdicionais também de forma descentralizada, proporcionando o acesso à justiça em locais que não há fóruns ou outros órgãos do Poder Judiciário (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: § 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. § 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo (BRASIL, 1988).

Conforme se extrai do Documento n.º 319 estudado acima, além da reforma estrutural provocada pela EC n.º 45/04, a modificação da legislação processual também é uma etapa essencial na reforma do Poder Judiciário. Essa etapa se concretizou no Brasil com a reforma do Código de Processo Civil. O anteprojeto do código começou a ser elaborado em 2009 e teve sua aprovação final em 2014, foi sancionado em 2015 e com vigência a partir de março do ano de 2016.

Na exposição de motivos do CPC/15 pode-se encontrar os propósitos desse novo código: maior funcionalidade, eficiência, simplificação do sistema recursal, instrumentos para realização de um processo mais célere e justo (SENADO FEDERAL, 2016). O objetivo é possibilitar uma sentença rápida, que encerre o conflito no menor tempo possível e não ofenda os direitos fundamentais durante o trâmite processual. A inclusão do princípio da razoável duração do processo na Constituição Federal, com a EC n.º 45/04, é tratada com grande relevância no código de processo, sendo a ausência de celeridade vista também a ausência de justiça (SENADO FEDERAL, 2016).

Como não é objetivo deste trabalho elucidar todas as mudanças do CPC/15 em relação ao código anterior, serão destacadas apenas as novidades legislativas que se relacionam com as recomendações propostas pelo Banco Mundial através do Documento n.º 319.

Logo no art. 3º o CPC/15 destaca a inclusão da arbitragem, mediação, conciliação e demais métodos alternativos para a solução de conflitos dentro sistema Judiciário (BRASIL, 2015). Torna-se dever do juiz designar audiência de conciliação entre as partes antes de realizar qualquer ato judicial, de acordo com o art. 334, *caput*⁹ desse diploma.

Nas ações de família os incentivos legais para utilização de métodos como a mediação e conciliação são ainda mais presentes, conforme o art. 694¹⁰ e também o art. 696¹¹, o qual disciplina que sejam feitas tantas audiências de mediação ou conciliação quantas forem necessárias. Somente após todas as tentativas possíveis de resolução consensual é que se deverá passar para as normas do procedimento comum processual (art. 697 do CPC/15)¹².

⁹Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015).

¹⁰Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. (BRASIL, 2015).

¹¹Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito. (BRASIL, 2015)

¹² Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335 (BRASIL, 2015).

Conforme salientado pelo Banco Mundial, para que os métodos conciliatórios promovam bons resultados é preciso profissionais qualificados e uma estrutura que favoreça tais práticas. Para tanto, a seção V do Cap. III do CPC/15 trata exclusivamente sobre os mediadores e conciliadores judiciais, dispondo sobre qualificação, número de servidores e afins.

Também há medidas prevendo melhorar a confiança e promover a transparência do Poder Judiciário. Uma das mais importantes está contida no art. 12 do CPC/15, o qual prevê a obrigação dos juízes e tribunais obedecerem à ordem cronológica de conclusão para proferirem sentença ou acórdãos. Após a promulgação do Código de Processo Civil, a redação do artigo foi alterada e passou, então, a constar a seguinte composição: “Os juízes e os tribunais atenderão, *preferencialmente*, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão” (BRASIL, 2015). Também deverá ser disponibilizada uma lista de acesso público contendo a ordem dos julgamentos. Claramente, tais disposições pretendem dar mais transparência e confiabilidade ao Judiciário, pois até então os processos eram julgados sem que houvesse uma ordem com critérios objetivos para sua definição.

Ademais, ainda primando pela transparência, o CPC/15 obriga os juízes a fundamentarem adequadamente as decisões e despachos, não se configurando como tal a mera citação de dispositivo normativo, súmula e outros.¹³ Nas decisões também deverão ser respeitados:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹³ Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015).

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo (BRASIL, 2015).

Os incisos do art. 927 do CPC/15 indicam quais são os precedentes que devem ser observados na confecção da decisão jurídica. Essa é uma das maiores novidades do CPC/15 e almeja promover maior coesão, estabilidade e isonomia nos julgamentos, visando também combater a variabilidade jurisprudencial que é tão criticada no nosso sistema processual (BRASIL, 2015). Pretende-se superar a dispersão excessiva da jurisprudência que produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário (SENADO FEDERAL, 2016, p. 33), justamente como pretendem as sugestões contidas no Documento n.º 319 do Banco Mundial.

Em decorrência desse respeito e construção dos precedentes, o art. 332 do CPC/15 trata sobre a possibilidade de liminarmente ser julgado improcedente o pedido que contrarie súmula do STF ou do STJ, acórdãos proferidos pelos órgãos superiores em recursos repetitivos; enunciado de súmula de tribunal de justiça estadual, entre outros (BRASIL, 2015). Claramente uma forma de desafogar o Judiciário com demandas que contrariam precedentes dos tribunais de segundo grau e cortes superiores. O respeito aos precedentes obriga que a jurisprudência dos tribunais superiores norteie as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia.

Também para reduzir o tempo de julgamento dos processos, foi criada a figura do incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, com o objetivo de um

julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário (SENADO FEDERAL, 2016, p. 31).

No sistema recursal, conforme se infere da exposição de motivos do CPC/15, excluiu-se como forma de recurso o agravo retido e os embargos infringentes e modificaram-se as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que agora conta com rol exaustivo de hipóteses, restringindo sua incidência em relação ao sistema anterior.

Essas são algumas das mudanças do código de processo civil que visam atacar justamente as mazelas ressaltadas pelo Banco Mundial (demora na prestação jurisdicional, sistema recursal complexo, insegurança jurídica, desconfiança no Judiciário, etc.), atendendo às recomendações propostas pela mesma instituição: inclusão de métodos alternativos de resolução de conflitos, redução nas formalidades consideradas meramente retardatárias, capacitação e tecnização dos profissionais, entre outros.

Na teoria do Estado de Exceção proposta por Agamben, observa-se o autor elege duas situações como fundamentais para caracterização do Estado de Exceção: a submissão da ordem jurídica à emergências militares e/ou econômicas e a desaplicação da norma vigente, que culmina na aplicação de uma lei sem vigência, que possui força-de-lei sem ser lei.

As exposições realizadas nesse Capítulo possibilitam inferir que, obedecendo às exigências econômicas demandadas pelo Banco Mundial através do Documento n.º 319, a ordem jurídica brasileira foi alterada de maneira significativa tanto pela Emenda Constitucional n.º 45/04 quanto pelo advento do Código de Processo Civil 2015. Fica clara a sujeição do Judiciário à ordem econômica, preenchendo assim, um dos requisitos para ocorrência do Estado de Exceção. Já a desaplicação da norma vigente pelo Poder Judiciário brasileiro será discutida no próximo Capítulo, onde serão analisados exemplos que demonstram não só a ocorrência não declarada do Estado de Exceção no Judiciário brasileiro, mas também a transformação do Judiciário no terceiro poder neutro apresentado na teoria de Schmitt, estudada no primeiro Capítulo deste trabalho.

3 O ESTADO DE EXCEÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Este capítulo dedica-se a demonstrar a instauração não declarada do Estado de Exceção pelo Poder Judiciário brasileiro utilizando exemplos da jurisprudência atual e também demonstrando a intersecção das teorias de Schmitt e Agamben na realidade brasileira.

3.1 O neoconstitucionalismo como justificativa para a desaplicação da norma

As Constituições que emergem no período do 2º pós-guerra trazem consigo normas que, além de regras, contém também princípios com elevada carga valorativa, sendo necessário buscar um novo formato de interpretação e aplicação do Direito que se adequasse aos fenômenos emergentes (SARMENTO, 2009). Essa “nova” interpretação da Constituição surge com o nome de neoconstitucionalismo. Barroso determina como marco-histórico desse novo direito constitucional o período pós-guerra; como marco-filosófico, o pós-positivismo e elenca algumas mudanças no plano teórico que modificaram a aplicação do direito constitucional (2005).

Apesar da doutrina neoconstitucionalista possuir múltiplas vertentes e, por consequência, conceituações diversas, de maneira geral pode-se caracterizar o neoconstitucionalismo pelos seguintes fenômenos:

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) **rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.;** (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) **reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos;** e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009, p. 1). Grifo meu.

O reconhecimento da normatividade da Constituição e a determinação de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como, o advento de princípios vagos, de difícil conceituação e limitação, como a dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade, etc., propiciaram o aumento da atividade interpretativa do juiz, passando esse a ocupar um papel ainda mais significativo nos julgamentos (SARMENTO, 2009).

Com o advento do neoconstitucionalismo há uma releitura do princípio da separação de poderes, propiciando o fortalecimento de posições favoráveis ao ativismo judicial para concretização dos valores constitucionais, até mesmo por conta da normatividade constitucional (SARMENTO, 2009).

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo uma gama de disposições normativas que perpassa por quase todos os aspectos da vida – moradia, economia, políticas públicas, educação, lazer, saúde, etc. Tal configuração permite que praticamente todos os acontecimentos possam ser relacionados a um dispositivo constitucional. Isso ocasiona uma proliferação de demandas judiciais que versam sob aspectos políticos da vida dos cidadãos, culminando no que se convencionou tratar por judicialização: transferência de questões envolvendo não somente aspectos jurídicos, mas também políticos e relativos aos demais poderes para o Judiciário, provocando uma clara interferência do Judiciário nas demais esferas de poder (STRECK, 2014).

Nesse mesmo contexto, emerge também a figura do ativismo judicial que, diferentemente da judicialização, caracteriza-se pela atuação do Judiciário em demandas que não possuem respaldo normativo.¹⁴ A Constituição de 1988 incluiu em seu ordenamento o princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁵, obrigando o Judiciário a se pronunciar em qualquer demanda, independentemente de haver previsão legislativa ou não para solucionar a causa (SARMENTO, 2009), favorecendo ainda mais a criação do direito por parte do Judiciário e, assim, as ocorrências de decisões ativistas.

Apesar da judicialização e do ativismo judicial tomarem espaço com o advento da doutrina neoconstitucionalista e possuírem grande relevância na conjuntura atual, interessa mais ao objeto deste trabalho a percepção do neoconstitucionalismo como justificativa para desaplicação das normas.

Os princípios são dotados de importância já na doutrina constitucionalista, não sendo essa uma novidade do novo constitucionalismo. O que acontece nesta nova forma de

¹⁴ Segundo Elival da Silva Ramos, “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com a incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2015, p. 324).

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1998).

interpretação jurídica é uma “autêntica principiologização do direito constitucional, que passa a desprezar regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar” (RAMOS, 2015, p. 298 – 299). A supremacia dos princípios, na doutrina neoconstitucionalista, leva os operadores do direito, mesmo quando existente regra vigente e adequada ao caso, a aplicarem princípios vagos e genéricos nas fundamentações (SARMENTO, 2009, P. 15).

Além disso, nota-se fragmentos de um moralismo jurídico presente no neoconstitucionalismo que “não despreza o direito posto, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem” (RAMOS, 2015, p. 296). Ressalta-se que de objetiva essa ordem de valores possui muito pouco, pois a utilização de princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade são usados de forma indiscriminada, muitas vezes sendo utilizados como fundamentação para casos idênticos com resultados diferentes, ferindo o princípio da igualdade e fragilizando a segurança jurídica – pilares essenciais do Estado Democrático de Direito.

Já seria suficientemente grave a adoção de um modelo interpretativo como o neoconstitucionalismo num país como o Brasil, no qual o Judiciário sequer consegue estabelecer uma jurisprudência uniforme e segura nas cortes superiores. Soma-se a isso a problemática da recepção apenas parcial dessa teoria “pós-positivista”, admitindo-se a utilização dos princípios em detrimento das regras, mas descartando-se a necessária fundamentação para justificar a desaplicação da lei vigente (SARMENTO, 2009). Além disso,

A principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretenso “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolatores. (RAMOS, 2015, p. 300-301).

Tal prática, da forma que foi adotada no Brasil, prejudica o controle e análise das decisões jurídicas, bem como, colide com os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Além disso, atinge também a liberdade dos indivíduos que passam a não saber mais como sua conduta será avaliada, visto que a lei vigente já não serve mais como parâmetro para os julgamentos (SARMENTO, 2009). Fica explícito que a invocação de conceitos ambíguos e amplos abre margem para decisões arbitrais e que cerceiam a defesa, pois não apontam exatamente quais os fundamentos e as causas que levaram a determinado resultado.

A necessidade de haver um ordenamento jurídico positivado, com obrigatoriedade e respeito na aplicação das leis (princípio da legalidade), existe

[...] dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; [...] e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é (SARMENTO, 2009, p. 15).

Se o Judiciário emite decisões que contrariam à lei e fundamenta essas sentenças através da interpretação jurídica, como um pretexto para que o juiz aplique a solução que ele considera melhor ao caso, independentemente de respaldo legislativo. Abandona-se o respeito a norma vigente e permite-se o arbítrio dos juízes que, por meio da utilização de princípios gerais e vagos, justificam seu decisionismo (DIMOULIS, 2006). Além disso, a partir do momento que um juiz afasta a norma porque considera que sua decisão é mais adequada ao caso, não só fere o princípio da legalidade e da separação de poderes como afasta a concepção do direito como norma e aproxima-se da caracterização do direito como decisão soberana.

A ocorrência de decisões que desaplicam a lei e, mesmo assim, possuem força-de-lei, ultrapassa a mera utilização de uma nova teoria da interpretação constitucional. Demonstra a ocorrência de um Estado de Exceção não declarado pelo Poder Judiciário, onde a decisão possui força vinculante em virtude da autoridade que a emite, não por ser fundamentada de acordo com a ordem jurídica vigente.

Para ilustrar o disposto até então, serão analisadas algumas decisões recentes do Judiciário brasileiro que causaram indignação à comunidade jurídica por serem expressamente contrárias à lei.

3.2 Jurisprudências contrárias ao ordenamento jurídico

Neste item do trabalho serão demonstrados alguns exemplos de decisões judiciais e súmulas que contrariam o disposto na Constituição e/ou nas legislações infraconstitucionais. O intuito é comprovar, através de exemplos recentes, a nítida desvinculação da atuação do Poder Judiciário com as leis do ordenamento jurídico vigente.

3.2.1 Sentença do Impeachment: violação do art. 52 da CRFB/88

Inicialmente, cumpre falar sobre a decisão emitida pelo Senado Federal, atuando como órgão judicial, no processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff. Sem adentrar no mérito da questão, o que se pretende analisar é o desdobramento que aconteceu na votação sobre as punições. Após decidir pela condenação de Dilma Rousseff pela prática do crime de responsabilidade durante exercício do cargo de presidente da república, o Senado Federal votou, de forma separada, pela perda ou não do mandato e pela inabilitação para o exercício de cargo público. Houve, portanto, fatiamento da votação quanto às condenações que seriam aplicadas à ré. Assim demonstra a sentença:

Em votação subsequente, o Senado Federal decidiu afastar a pena de inabilitação para o exercício de cargo público, em virtude de não se haver obtido nesta votação 2/3 dos votos constitucionalmente previstos, tendo-se verificado 42 votos favoráveis a aplicação da pena, 36 contrários e três abstenções (BRASIL, 2016b).

O que causa indignação é que a divisão na votação, conforme aconteceu, não possui respaldo legal algum. Argumentou-se que tal desdobramento só era possível enquanto vigente a Lei n.º 1.079/50, a qual definia em seu art. 33¹⁶ que, em casos de condenação do Presidente da República, o Senado fixaria o prazo em que o condenado ficaria inabilitado para exercer função pública. Todavia, a lei é anterior à Constituição Federal de 1988, que tratou dessa questão da seguinte forma:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

[...]

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, **à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública**, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (BRASIL, 1988).

Grifo meu

¹⁶ Art. 33. No caso de condenação, o Senado por iniciativa do presidente fixará o prazo de inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública; e no caso de haver crime comum deliberará ainda sobre se o Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de qualquer interessado (BRASIL, 1950).

O advento da Constituição revogou tacitamente disposições anteriores que versavam sobre matérias tratadas pelo novo diploma. No caso em tela, o art. 52 da CRFB/88 revogou parcialmente o art. 33 da Lei n.º 1.079/50 no que tange a possibilidade de fixação, pelo Senado Federal, do prazo de inabilitação das funções públicas para o Presidente que for condenado por crime de responsabilidade. Assim, se antes da Constituição o Senado é que decidia por quanto tempo o Presidente condenado por crime de responsabilidade ficaria inabilitado para exercer função pública, com o advento da Constituição esse tempo foi fixado em 8 anos.

Nota-se, todavia, que nem no art. 52, parágrafo único da CRFB/88 nem na Lei n.º 1.079/51 havia a previsão de dissociar a penalidade de perda do cargo da inabilitação para funções públicas quando o Presidente for condenado por crime de responsabilidade. Observa-se que no art. 68 da Lei n.º 1.079/50¹⁷ (ainda vigente) determina-se a divisão das sanções; todavia, o artigo em questão refere-se somente aos processos e julgamentos dos Ministros do STF e Procurador Geral da República, não sendo aplicável ao caso em análise.

Portanto, houve a clara desaplicação do art. 52 da CRFB/88 no julgamento realizado pelo Senado Federal ao efetuar a divisão da votação e aplicar somente a pena de perda do cargo, rejeitando a culminação da pena de inabilitação da ex-presidente Dilma Rousseff para cargos públicos (PEREIRA, sem data). Uma afronta ao princípio da legalidade e também à segurança jurídica, pois se até em casos envolvendo autoridades políticas nacionais, há violação de dispositivos constitucionais, que dirá aos cidadãos comuns. A utilização de dois pesos e duas medidas na aplicação das leis manifesta a violação ao princípio da igualdade e cria um ambiente de insegurança para todos aqueles que se encontram no aguardo de um pronunciamento judicial.

3.2.2 Penhora do salário: violação ao art. 649, VI, CPC/73

Outro caso de desaplicação da norma vigente pode ser analisado na recente decisão da Ministra Nancy Andrighi, nos autos do REsp 1547561/SP¹⁸.

¹⁷O artigo se localiza na “Parte Terceira” da Lei, dedicada a prever crimes de responsabilidade e respectivas punições aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (Título 1, Capítulo 1 da Parte Terceira) e do Procurador Geral da República (Título 1, Capítulo II da Parte Terceira). Nesses casos, se aplica o art. 68 da Lei 1.079/50, o qual dispõe que: O julgamento será feito, em votação nominal pelos senadores desimpedidos que responderão “sim” ou “não” à seguinte pergunta enunciada pelo Presidente: “Cometeu o acusado F. o crime que lhe é imputado e deve ser condenado à perda do seu cargo?”

Parágrafo único. Se a resposta afirmativa obtiver, pelo menos, dois terços dos votos dos senadores presentes, o Presidente fará nova consulta ao plenário sobre o tempo não excedente de cinco anos, durante o qual o condenado deverá ficar inabilitado para o exercício de qualquer função pública (BRASIL, 1950).

¹⁸ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO COM COBRANÇA DE ALUGUEIS E ENCARGOS LOCATÍCIOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE VERBA REMUNERATÓRIA. **RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE.**

No caso, houve o despejo do locatário do imóvel alugado em virtude de aluguéis e demais encargos em atraso. Em instância inferior houve a determinação do bloqueio de 10% da renda do locatário (devedor) para que fosse garantida a viabilidade da execução, em favor do locador. Em suma, a causa versa sobre a possibilidade ou não de penhora do salário para o pagamento de verba de natureza não alimentar.

O art. 649 do Código de Processo Civil de 73¹⁹ dispunha, em seu inciso IV, que são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia” (BRASIL, 1973). A disposição é expressa e não suscita dúvida, deixando claro desde o *caput* que tratam-se de hipóteses onde a impenhorabilidade é absoluta, não relativa.

No entanto, para a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a regra pode ser flexibilizada. Apesar de reconhecerem que o art. 649 do CPC/73 serve como limitação aos meios executivos para proteger a posição do devedor (BRASIL, 2017), a Terceira Turma do STJ decidiu de forma contrária à lei e favorável ao credor, argumentando da seguinte forma:

No entanto, considerando que os valores contrapostos são duas vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana – de um lado, o **direito ao mínimo existencial**; de outro, o direito à **satisfação executiva** –, a interpretação do art. 649, IV, do CPC/73 exige um juízo de ponderação à luz das circunstâncias que se apresentam caso a caso, de modo que, **excepcionalmente**, possa ser afastada a impenhorabilidade de parte dos vencimentos do devedor para que se confira efetividade à tutela jurisdicional favorável ao credor (BRASIL, 2017, p. 8). Grifo meu.

Conforme se expõe, a fundamentação para desaplicação da norma baseia-se na necessidade de relativizar a impenhorabilidade da verba salarial para garantir que o devedor receba seus créditos do locatário e na apresentação de alguns precedentes do STJ.

Desse julgado é possível inferir algumas conclusões importantes que corroboram o que vem sendo defendido neste trabalho. Primeiro, a abertura de uma excepcionalidade à lei

POSSIBILIDADE. 1. Ação de despejo por falta de pagamento com cobrança de alugueis e encargos locatícios, em fase de cumprimento de sentença, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 30/01/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. 2. O propósito recursal é decidir sobre a negativa de prestação jurisdicional; a ocorrência da preclusão; e a possibilidade de penhora de 10% (dez por cento) dos rendimentos líquidos do recorrente, para o pagamento de aluguéis e encargos locatícios. 3. Devidamente analisada e discutida a questão, estando o acórdão recorrido clara e suficientemente fundamentado, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 535, I e II, do CPC/73. 4. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa o não conhecimento do recurso quanto ao tema. **5. Quanto à interpretação do art. 649, IV, do CPC, tem-se que a regra da impenhorabilidade pode ser relativizada quando a hipótese concreta dos autos permitir que se bloqueie parte da verba remuneratória, preservando-se o suficiente para garantir a subsistência digna do devedor e de sua família. Precedentes.** 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (REsp 1547561/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017). Grifo meu.

¹⁹ O Código de Processo Civil de 1973 é aplicável ao caso em virtude de sua vigência à época dos fatos.

que não é prevista pelo art. 649 do CPC/73, desconsiderando-se as limitações trazidas pelo próprio ordenamento quando classifica como absolutas tais impenhorabilidades. Uma nítida desaplicação da lei vigente justificada pela aplicação (duvidosa) do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se infere do texto acima. Por qual motivo o devedor, que foi despejado de sua morada, não merece também a proteção da dignidade da pessoa humana? Não há como saber, pois tal questão não é enfrentada, como se não possuísse relevância suficiente, sendo acessível somente a interpretação que corrobora com a posição da relatora. Outrossim, a argumentação de que os valores em jogo são duas vertentes do princípio da dignidade humana ignora que tal ponderamento já foi realizado pelo legislador quando escolheu proteger a posição do devedor ao garantir a impenhorabilidade de sua verba salarial, positivando tal escolha inclusive em um dispositivo processual.

Isso denuncia a preponderância da posição subjetiva do intérprete em detrimento da norma posta. Conforme defende Dimoulis, “a interpretação jurídica é vista como pretexto para impor aquilo que o intérprete considera como a melhor solução de um conflito social” (2006, p. 60).

Outro ponto interessante para análise é que, além do princípio da dignidade da pessoa humana ser posto como argumento suficiente para desaplicar a lei, a fundamentação se respalda também na indicação de alguns precedentes do STJ. A utilização de precedentes como argumento demonstra a potencialização cada vez maior da transformação do direito em decisão, até mesmo pelo advento do sistema de precedentes que trouxe o Código de Processo Civil de 2015. No caso, o desrespeito ao dispositivo legal parece ser mitigado quando se sustenta que há outros julgados neste mesmo sentido.

3.2.3 O Supremo Tribunal Federal e a presunção de inocência

Desde 2009, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Habeas Corpus 84.078/MG²⁰, o entendimento dessa Corte permaneceu uniforme no sentido de que somente

²⁰ EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1.O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2.Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3.**A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.**4.A ampla defesa, não se

após o trânsito em julgado da decisão condenatória pode ser iniciada a execução da pena, em harmonia com o art. 5º, incisos LVII e LXI da Constituição²¹, bem como, com o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), o qual determina expressamente que

Art. 283 Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941). Grifo meu.

No entanto, em meados de fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126292/SP,²² o STF emitiu decisão em sentido totalmente contrário, alegando que a execução provisória de condenação proferida em grau de apelação não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência nem afronta o art. 5º, LVII da CRFB/88 (BRASIL, 2016c). Por se tratar de um caso em que a decisão possui apenas efeitos entre as partes, esperou-se que tal acórdão fosse apenas um “ponto fora da curva” em meio a uma jurisprudência em sentido contrário que havia se consolidado desde 2009.

Porém, mesmo não possuindo efeitos para todos, a decisão serviu de precedente para fundamentar inúmeras decisões de instâncias inferiores que autorizaram a execução antecipada

pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] **6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal.** A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] **8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.** Ordem concedida. (HC 84078/MG, Rel. Ministro Eros Grau, Plenário, julgado em 05/02/2009, DJe 18/02/2009). Grifo meu.

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

²² Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.** 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016). Grifo meu.

da pena em acórdãos prolatados na segunda instância (STF, 2016). Pretendendo restabelecer uniformidade no assunto, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) interpuseram Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n.º 43²³ e n.º 44,²⁴ respectivamente.

As instituições pretendiam o reconhecimento da constitucionalidade do art. 283 do CPP e, por consequência, a declaração de ilegalidade das decisões que determinavam a execução da pena imediatamente após a condenação em segunda instância. O STF reconheceu a constitucionalidade do dispositivo e afirmou, por maioria de votos, que a validade do art. 283 do CPP não era incompatível com o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias – mesmo que isso corresponda a uma aberração interpretativa.

Dos argumentos utilizados para fundamentar a decisão destacam-se os seguintes: a execução provisória da pena após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado garante a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos tutelados por ele e, além disso, o princípio da presunção de inocência pode sofrer ponderações e relativizações quando confrontado com outros valores constitucionais (Min. Luís Roberto Barroso); o constituinte não pretendeu, no art. 5º, LVII da CRFB/88, impedir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (Min. Luiz Fux); a execução provisória da pena logo após sentença condenatória evita a ocorrência de prescrição ou incidentes para protelação do trânsito em julgado (Min. Dias Toffoli); em países rígidos e que respeitam direitos fundamentais ocorre a prisão sem decisão transitada em julgado (Min. Gilmar Mendes); apesar de haver a presunção de inocência garantida pelo nosso ordenamento, há também a necessidade de preservar a confiança no sistema penal, portanto, não há ofensa ao princípio da presunção de inocência (Min. Carmen Lúcia).

Os votos contrários defendiam a impossibilidade de haver execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença tendo em conta a clareza do art. 5º, LVII da CRFB/88 e do art. 283 do CPP, que indubitavelmente vinculam a presunção de inocência à condenação somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Uma análise simples dos dispositivos permite que se perceba a ofensa à Constituição e ao Código de Processo Penal. Se o art. 5º, inciso LVII informa, de forma enfática e clara que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 1988) é

²³ A ADC n.º 43 pode ser consultada no seguinte link:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>.

²⁴ A ADC n.º 44 pode ser consultada no seguinte link:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

incoerente inferir desse inciso que não há violação constitucional ao obrigar um cidadão a cumprir a pena antes da sentença transitar em julgado. Não se trata de norma vaga, que traga conceitos amplos e de difícil limitação ou norma principiológica do tipo “deverá ser respeitado o princípio da presunção de inocência”; o inciso é claro e explícito ao determinar que somente após o trânsito em julgado da sentença haverá execução da pena.

Ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, não há como entender, juridicamente, que se considere também a desaplicação do dispositivo. Conforme concluiu Streck, o STF julgou com viés explicitamente político ao dar interpretação nitidamente contrária ao que o parlamento havia votado (2016c). Por ser o STF a última instância em nosso sistema jurídico, não há como contestar o que o órgão decide. Assim, se o STF diz que a execução da pena antes do trânsito em julgado não viola o princípio da presunção de inocência nem o art. 283 do CPP, isso possui efeito vinculante, com força-de-lei, mesmo que nitidamente contrário à Constituição. Percebe-se aqui a manifestação do direito como decisão do soberano, como defende Schmitt, ao concluir que se o STF diz que a execução da pena antes do trânsito em julgado não contradiz os dispositivos mencionados, então assim será – sem hipótese de discussão.

3.2.4 A Súmula 381 do STJ: ofensa ao Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em vigência desde 1990, trouxe uma série de determinações para garantir o respeito ao consumidor, considerando sua posição de hipossuficiência na relação de consumo. A lei ordinária n.º 8.078/90 apresentou disposições que alteram substancialmente as relações consumeristas. Dentre elas, destaca-se, para fins deste trabalho, a possibilidade de reconhecimento da nulidade de cláusulas abusivas. Essa proteção é prevista no art. 51 do CDC²⁵, o qual traz um rol exemplificativo de cláusulas que podem ser consideradas como abusivas. Por considerar suas disposições como sendo de ordem pública,²⁶ o reconhecimento da nulidade das cláusulas abusivas pode ser realizado de ofício pelo juiz.

O art. 51 do CDC não traz nenhuma exceção a respeito de sua aplicabilidade, entendendo-se, portanto, que sua incidência ocorre inclusive nas relações bancárias. Até

²⁵ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...]. (BRASIL, 1990a).

²⁶ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias (BRASIL, 1990a).

porque, o art. 3º, §2º,²⁷ não deixa dúvidas sobre a aplicação do CDC em demandas de natureza bancária e financeira. Além disso, o advento da Súmula n.º 297 do STF corroborou tal entendimento ao determinar que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (BRASIL, 2004b).

Contudo, em 2009 o STJ editou a Súmula n.º 381, dispondo que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.” (BRASIL, 2009), em evidente contradição ao disposto no CDC e também do entendimento consolidado e sumulado pelo STF (Súmula n.º 297). Essa mudança de posicionamento oferece um tratamento excepcional não previsto na norma que, indubitavelmente, favorece as instituições bancárias em detrimento do consumidor (ANDRADE, 2016). A questão desperta críticas mais profundas, mas cabe, de acordo com o recorte deste trabalho, concentrar a análise na desaplicação do art. 1º e art. 51, ambos do CDC.

Por se tratar de lei ordinária, o CDC encontra-se subordinado à Constituição e somente deve ser suspensa sua aplicação quando estiver em contradição com a norma superior (ANDRADE, 2016).

Observa-se, portanto, que ao criar uma exceção não prevista pela norma, nem mesmo pela Constituição, o STJ atuou como autoridade legislativa, exorbitando suas competências, bem como, desrespeitando o diploma legal quando este determina clara e explicitamente que suas disposições aplicam-se inclusive as instituições financeiras e bancárias. Trata-se de clara desaplicação da norma vigente por um Tribunal para favorecer os bancos, explicitando a interferência das esferas de poder externas ao Judiciário nas decisões jurídicas. Além disso, a Súmula n.º 381 se justifica apenas em função da autoridade que a editou, sendo irrelevante sua coerência ou harmonia com o sistema jurídico no qual está inserida.

3.2.5 Concessão de 180 dias para licença-paternidade

Recentemente tomou espaço na mídia uma decisão judicial que deferiu 180 dias de licença-paternidade para um servidor do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, pai de gêmeas. A decisão tem sido caracterizada como inédita, pois nunca havia sido deferido tal período para licença-paternidade.

²⁷ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990a).

O Tribunal Regional da 4ª Região (TRF4), no Recurso Cível n.º 5009679-59.2016.4.04.7200/SC²⁸ deferiu o pedido para conceder licença paternidade no tempo de 180 dias, sem respaldo legal. Um dos fundamentos utilizados é que, de acordo com a Lei dos Juizados Especiais Federais, o juiz pode decidir utilizando a equidade nos casos em que a lei não apresente solução adequada ao caso. Também foram utilizados os art. 227, 227 e 229 da CRFB/88,²⁹ que versam sobre a proteção especial do Estado à família e à criança.

A legislação regulamentadora da licença-paternidade determina a concessão do período de 20 dias para que o genitor se afaste do trabalho, dos quais cinco são pelo art. 208³⁰ da Lei n.º 8.118/90 e os demais quinze por conta do art. 2º³¹ do Decreto n.º 8.737/2016.

Bem verdade, a Lei dos Juizados Especiais dispõe em seu art. 6º que “o Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1995). No entanto, apesar desse dispositivo provocar grande margem para discricionariedade do julgador, infere-se que num Estado Democrático de Direito, quando existente regra que trate da questão, esta deve ser respeitada pelo princípio da

²⁸ ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. NASCIMENTO DE MÚLTIPLOS. CONCESSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE COM A MESMA DURAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE. VALOR DO AUXÍLIO-NATALIDADE DEVIDO POR CADA FILHO. APLICAÇÃO DA EQUIDADE. FINS SOCIAIS E EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM. PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA PRIORIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS. 1. A Constituição Federal, em seu art. 226, garante proteção especial do Estado à família e à criança. O art. 227, prevê como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde, bem como à convivência familiar. O art. 229, por sua vez, estabelece o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores. 2. O nascimento de múltiplos, no caso em julgamento de gêmeos, requer o acompanhamento de mais de uma pessoa para o atendimento das necessidades básicas dos recém-nascidos. 3. A presença do pai e sua participação na rotina dos bebês são fundamentais no desenvolvimento da relação de convivência e de afeto entre pais e filhos, autorizando a concessão da licença-paternidade com a mesma duração da licença-maternidade. 4. Em caso de parto múltiplo, o valor do auxílio-natalidade deve ser multiplicado pelo número de filhos. Inconstitucionalidade incidental do § 1º, do art. 196, da Lei nº 8.112/1990. 5. **A utilização da equidade, especialmente nos casos em que a lei não oferece decisão adequada, encontra respaldo na Lei dos Juizados Especiais.** 6. Parcial provimento para que a atualização monetária e juros seja em conformidade com o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação da Lei n. 11.960/2009, incluindo a taxa referencial e os juros de forma simples, conjuntamente, desde quando devidos os valores em atraso. (TRF-4 - RECURSO CÍVEL: 50096795920164047200 SC 5009679-59.2016.404.7200, Relator: JOÃO BATISTA LAZZARI, Data de Julgamento: 27/04/2017, TERCEIRA TURMA RECURSAL DE SC). Grifo meu.

²⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (BRASIL, 1988).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988).

³⁰ Art. 208. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos (BRASIL, 1990b).

³¹ Art. 2º A prorrogação da licença-paternidade será concedida ao servidor público que requeira o benefício no prazo de dois dias úteis após o nascimento ou a adoção e terá duração de quinze dias, além dos cinco dias concedidos pelo art. 208 da Lei nº 8.112, de 1990 (BRASIL, 2016a).

legalidade e também da igualdade. Assim, existindo norma que regulamente o caso concreto, cabe ao juiz aplicá-la e garantir a todos, de forma equânime, o respeito a ordem jurídica vigente.

Infere-se do caso em análise que o juiz, além de desaplicar lei já existente regulamentando o caso por considerar que não é a melhor solução adequada, coloca-se no lugar do legislador, de maneira declarada, considerando que no seu entendimento (obviamente dotado de subjetividades), deveria ser conferido 180 dias de licença-paternidade ao genitor, não apenas 20 – como a lei prevê expressamente. Não se está analisando se é adequado ou não que a licença-paternidade dure 180 dias, mas se há um descontentamento da população com tal norma, quem deve debater sobre o tema é o Legislativo, não o Judiciário.

Este é mais um exemplo em que, por convicção do intérprete, o mesmo decide afastar a aplicação da norma vigente por considerar que ela não é adequada ao caso em tela.

3.2.6 Lava-Jato: operação excepcional

Alvo de grandes exposições midiáticas, a operação Lava-jato, administrada pelo juiz Sérgio Moro, possui condutas questionáveis,³² para se dizer o mínimo. Todavia, chama mais atenção para o tema desta pesquisa a decisão proferida pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), no recurso contra decisão do Corregedor-Regional da Justiça Federal da Quarta Região que determinou o arquivamento de representações contra o juiz Sérgio Moro em virtude da divulgação áudios de comunicação telefônica interceptada sem prévia ordem judicial.

O Des. Relator Rômulo Pizzolatti afirmou que a Operação Lava-Jato não se insere no plano da normalidade, sendo então situada no plano da excepcionalidade, ou melhor dizendo, da exceção. Para tanto, utilizou inclusive um excerto do livro “Por que tenho medo dos juízes”, do Min. Eros Roberto Grau, que parafraseia Agamben ao dizer que a Exceção não encontra respaldo na ordem jurídica vigente.

O Relator continua, alegando que a Operação Lava-Jato é um caso único, excepcional e, portanto, não se encontra vinculada ao ordenamento jurídico vigente, já que este se aplica aos casos de normalidade. Portanto, seria

[...] correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral

³² Quebras de sigilo telefônico entre advogado e cliente, em flagrante ofensa ao art. 7º da Lei n.º 8.907/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL, 1994); divulgação de grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro; condução coercitiva do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva sem prévia intimação, em afronta aos art. 218 e/ou art. 260 do CPP; entre outras.

na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente a continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional (PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL, SANTA CATARINA, 2016, p. 5).

A partir disso é possível fazer duas análises. A primeira, a respeito do explícito tratamento de Exceção dentro de um Estado Democrático de Direito que continua tendo uma ordem jurídica vigente e de observância obrigatória – pelo menos teoricamente. Vislumbra-se que na decisão fica claro a permissão para desaplicar a norma vigente sob o argumento que trata-se de uma situação ímpar, portanto, não prevista no ordenamento jurídico (aplicável a casos normais). Se por “situação ímpar” o Relator quis se referir a um processo que investiga esquemas de corrupção, uma rápida consulta à Constituição e ao Código de Processo Civil e Penal demonstra que há uma gama de disposições materiais e processuais edificadas para regular esses procedimentos, motivo pelo qual não tem fôlego esse argumento apresentado pelo Relator. Na verdade, o que se infere é a pretensão de retirar a Operação Lava-Jato do âmbito da normalidade para que assim se justifique a desaplicação da norma vigente e, por consequência, se retire do juiz da ação a necessidade de submeter-se aos limites impostos pelo legislador.

Num segundo momento, nota-se a prevalência da decisão do soberano sob a norma. Justifica-se o desrespeito a preceitos constitucionais e penais sob o argumento de que os esquemas investigados pela operação provocam problemas inéditos e que, portanto, demandam soluções também inéditas. Assim, declara o Relator que agiu corretamente o juiz Sérgio Moro quando decidiu conforme o que *ele* considerava melhor no caso concreto, não em consonância com o que a norma determinava.

No entanto, a interceptação telefônica ilegal de partes envolvidas num processo – sejam elas cidadãos civis ou um ex-Presidente da República –, não pode ser caracterizada como um “problema inédito”. Conforme já defendido, não pode haver dois pesos e duas medidas unicamente por conta das partes envolvidas.

Essa última decisão explícita de maneira mais intensa do que as anteriores algo que tem se tornado recorrente no Judiciário brasileiro: o afastamento da norma vigente e a preeminência do direito como decisão de autoridade competente, independentemente dos fundamentos expostos.

O afastamento da ordem jurídica em vigor e a aproximação do direito como decisão, conforme proposto por Schmitt, revela o Estado de Exceção não declarado pelo Poder Judiciário brasileiro, dissimulado pela interpretação neoconstitucionalista que permite a desaplicação das regras em virtude da valorização dos princípios. Nas jurisprudências apresentadas, constata-se

a nitidez da desaplicação da norma vigente e, no lugar da aplicação da lei, a emissão de decisão discricionária pelo juiz, o qual se coloca acima da norma e decide de acordo com o que considera, a seu ver, a melhor solução para caso concreto.

3.3 A Exceção no Poder Judiciário brasileiro

Após todas as explanações realizadas, cumpre efetuar uma análise da ocorrência do Estado de Exceção no Poder Judiciário brasileiro, com base nas teorias expostas nos capítulos anteriores, principalmente as de Carl Schmitt e Agamben.

O aumento de poder e expansão do Judiciário em detrimento dos demais poderes é relacionado por Bercovici através de três fatores: a tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular por organismos neutros, a insatisfação dos setores econômicos com as garantias do Estado Social e o esvaziamento do significado político da Constituição (BERCOVICI, 2013).

O autor anuncia que “há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de governança, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais” (BERCOVICI, 2013, p. 334).

Ao utilizar o adjetivo “neutro”, o autor remete à doutrina Schmittiana comentada anteriormente, sobre a equivalência do poder neutro com a figura do soberano, ocupando este a função de guardião da Constituição (SCHMITT, 2007). Conforme demonstrado no Capítulo 1 deste trabalho, Schmitt defende, baseado na teoria de Benjamin Constant, a necessidade de haver um poder neutro, que pode ser ocupado somente pelo soberano, possuidor de neutralidade suficiente para decidir em nome do povo, respeitando e guardando a Constituição (SCHMITT, 2007).

Na conjuntura atual, pode-se dizer que quem faz as vezes do terceiro neutro, ao invés de ser o chefe de Estado, é o Poder Judiciário – isso tanto no Brasil quanto em outros países.³³ Não só porque o STF se auto intitula como guardião da Constituição, mas também pelo Judiciário ser visto, de fato, como um poder neutro que não se submete a pressões externas e age sempre de maneira objetiva. É visto como o poder mais hábil, apto e preparado para resolver

³³ Hirschl informa que “na última década, tribunais constitucionais em mais de 25 países foram chamados para determinar o futuro político de líderes políticos importantes” (2013, p. 149). Além disso, tem sido cada vez mais frequente os tribunais constitucionais darem a última palavra em disputas políticas, bem como, realizarem controle dos atos dos demais poderes (HIRSCHL, 2013).

os impasses sociais, para dar a palavra final, e para interpretar a própria Constituição. Assim, e pelo o que irá se expor a seguir, as semelhanças com o terceiro neutro proposto por Schmitt são inegáveis.

Maus observa que a população possui veneração pelo Judiciário, quase como uma religião, depositando todas suas esperanças e fé nesse terceiro poder (MAUS, 2000). Não só, Maus explica que imagem do Pai passou da figura do rei para os juízes, pois não há como enxergar no parlamento, palco de debates e interesses políticos, um poder confiável e justo que possa apaziguar conflitos (MAUS, 2000). Souza ressalta que o caráter “apolítico” do Judiciário, somado a desconfiança proposital nos atores políticos, contribuiu fortemente pra fortalecer sua legitimidade e ocupar o lugar de poder neutro e moderador (2015).

A busca pela despolitização dos poderes pretende uma maior objetividade nas decisões, garantindo assim, que interesses pessoais e/ou corporativos não influenciem na tomada de decisões. Schmitt já havia percebido essa tendência de despolitização e argumentou que isso é inviável, porque tudo que precisa de uma decisão torna-se político, pois depende do ato (escolha) de uma autoridade soberana; assim, despolitizar significa, sempre, afastar apenas *uma* das formas de política – nunca todas (SCHMITT, 2007).

A concepção do Judiciário como um poder neutro advém, em grande parte, da sua posição imparcial nas resolução dos litígios, agindo como um terceiro neutro que apenas auxilia as partes, presumindo-se portanto uma decisão objetiva, ausente de parcialidade e, assim, justa (MAUS, 2000). Além disso, a (aparente) limitação de atuação do Poder Judiciário, bem como, a imagem imaculada de seus membros, aumenta a consideração do juiz como uma alternativa menos pior para tomar as decisões que afetam a sociedade do que os representantes políticos (BERCOVICI, 2013). Todavia, de neutro há muito pouco no Judiciário.

A objetividade que se pretende imputar ao Poder Judiciário é, em grande medida, apenas superficial, ainda mais com o advento de correntes interpretativas, como o neoconstitucionalismo, que aproximam a interpretação judicial da moral nas decisões judiciais (BARROSO, 2005). Além disso, quando a justiça passa a funcionar como uma instância onde a moral permeia as decisões, ela se isenta de mecanismos de controle, pois seus julgamentos baseiam-se em princípios vagos, dúbios, que necessitam das premissas subjetivas do intérprete para encontrarem conceituação (MAUS, 2000).

A suspensão da aplicação de dispositivos escritos e positivados favorece o apelo a convenções morais e valores, resultando num Judiciário que decide *como* e *quando* quer, interpretando as normas sem reter-se a limites hermenêuticos ou legais, conforme pode-se

observar nas decisões comentadas anteriormente. O Judiciário interpreta inclusive a Constituição da forma que bem entende, conforme se observa no julgamento das ADCs 43 e 44, onde o STF decidiu declaradamente contrário a dispositivos constitucionais.

Pelo apresentado, pode-se perceber que a aparente neutralidade do Judiciário é um fator relevante para sua legitimação, mesmo quando desrespeita a própria ordem que o institui. Além disso, há também grupos que se privilegiam com essa desvinculação normativa, conforme irá se expor a seguir.

Quando surgiram as Constituições dos Estados Democráticos de Direito, elas não só elevaram o povo ao status de soberano como concederam à população garantias e direitos que anteriormente eram inexistentes, resultando em limitações contrastantes com interesses de grupos de poder econômico. De forma que, se a conquista do Estado de Direito serviu a interesses econômicos,³⁴ o advento das garantias sociais ao povo representou uma ameaça para esse mesmo setor, que passou a realizar uma campanha deliberada para combater os direitos e garantias sociais previstos nas constituições republicanas (BERCOVICI, 2013). Assim, os grupos de econômicos, contrários à aplicação plena dos direitos sociais, passaram a buscar o Judiciário para que seus interesses permanecessem protegidos (BERCOVICI, 2013).

Poder-se-ia questionar: se o Judiciário está adstrito à aplicação das normas e a concretização da Constituição, como que os grupos econômicos poderiam conseguir interferir na aplicação de direitos previstos na Constituição? Primeiro que a garantia de vinculação do Judiciário ao limite da norma não pode mais ser invocada, conforme demonstrado acima. Ademais, na verdade não só tais áreas se interseccionam como há uma sobreposição do econômico sobre o jurídico (MARCELLINO JUNIOR; ROSA, 2015).

Inclusive, consoante demonstrado no tópico sobre “a submissão do Judiciário às necessidades econômicas”, presente no Capítulo II deste trabalho, isso acontece de forma bem clara quando, por exemplo, o Documento n.º 319 do Banco Mundial faz exigências aos países periféricos para que realizem alterações materiais e processuais nas suas respectivas ordens jurídicas com intenção de proporcionar uma estrutura adequada ao desenvolvimento econômico.

³⁴ A busca pela legalidade foi para que houvesse maior segurança nas relações comerciais realizadas pela burguesia, que tornavam-se cada vez maiores e mais globalizadas. Era necessário, assim, que houvesse uma regulamentação capaz de garantir o cumprimento dos acordos contratos e o respeito a preceitos comuns a toda sociedade (MASCARO, 2008). A exigência de uma legislação e limitação do Estado também fundamentava-se na “necessidade por parte da sociedade liberal de concorrência de poder prever a intervenção estatal – garantidora da certeza da propriedade, da previsibilidade de investimentos econômicos e das relações de mercado” (MAUS, 2000, p. 188).

Uma das alterações, conforme mencionado no Capítulo anterior, é combater a autonomia decisional dos magistrados, pois a ausência de previsibilidade dos pronunciamentos jurídicos e, por consequência, a redução da segurança jurídica nas relações é prejudicial ao ambiente de investimentos. No entanto, a proeminência de juízes garantistas (principalmente nas instâncias inferiores) tornou mais árdua a busca por um Judiciário propenso a satisfazer exigências econômicas. Assim, “percebe-se o fortalecimento das cortes superiores com instrumentos cada vez mais vinculantes e ascendentes sobre a base do Judiciário, tais como súmulas e repercussão geral, limitando a atuação dos magistrados de primeiro grau” (MARCELLINO JUNIOR; ROSA, 2015, p. 13), principalmente no que concerne a concessão das garantias sociais.

Esse conflito de interesses desencadeia uma contradição prática que explica o paradoxo de “uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade” (STRECK, 2014, p. 39).

Soma-se a isso o advento de teorias interpretativas permitindo a flexibilização na aplicação de regras juntamente com a ponderação de princípios, abrindo espaço para o pronunciamento de decisões judiciais que desaplicam a ordem vigente e, mesmo assim, possuem vinculação obrigatória, sendo indiferente se a fundamentação utilizada encontra respaldo na Constituição ou não. Ressalta-se que esse espaço de discricionariedade jurídica dos tribunais “tem servido muito mais para preservar a ordem de mercado e limitar o poder de atuação do Estado do que para garantir ou ampliar direitos fundamentais” (BERCOVICCI, 2013, p. 335). Portanto, não só a economia interfere na esfera do Judiciário como promove a desaplicação de certos dispositivos quando estes são opostos aos interesses econômicos.

A consideração desses fatores é fundamental para compreensão da figura da Exceção em virtude de causas econômicas. Conforme explica Agamben, a emergência econômica torna-se, nos estados modernos, o principal motivo para ocorrência da forma não-declarada do Estado de Exceção, passando a funcionar este como um paradigma de governo, não apenas como determinação provisória (AGAMBEN, 2004).

Há ainda um último ponto a ser analisado dentro dos fatores que favoreceram a instauração do Estado de Exceção de forma não declarada pelo Judiciário brasileiro.

Conforme dito, as Constituições modernas elencaram o povo como titular da soberania e positivaram, a partir disso, diversas determinações voltadas para a proteção do povo³⁵. No entanto, se percebe claramente na prática que não aconteceu a efetivação plena do núcleo emancipatório social previsto nas Constituições (BERCOVICI, 2013), de forma que o povo continuou dependente das vontades dos representantes eleitos em realizarem as disposições. Nesse contexto, a Constituição Brasileira de 1988, apesar de toda sua carga dirigente e compromissória, ainda aguarda a efetivação plena de suas diretrizes e também dos principais componentes do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2014).

Há que se lembrar que a Constituição significa mais do que apenas um compilado de normas e princípios; ela representa a escolha de uma nação, um pacto político de um povo em determinado tempo. Nessa perspectiva, a elaboração da figura dos partidos políticos foi pensada para realizar de forma concreta a soberania popular, servindo os partidos como ligação entre os poderes constituídos com o povo, mantendo esse último inserido na política (BERCOVICI, 2013). Todavia, na prática, esse papel se desvirtuou de forma tão significativa que a função dos partidos políticos efetivarem e realizarem diretrizes constitucionais torna-se quase fantasiosa na conjuntura atual.

Esse é apenas um dos diversos fatores que fomentam o esvaziamento do espaço político de discussão e realização democrática, culminando na restrição da Constituição apenas como norma suprema, perdendo sua força como documento político (BERCOVICI, 2013). Essa mudança proporcionou ao Poder Judiciário a monopolização da concretização constitucional (BERCOVICI, 2013), passando a se tornar a instância principal na busca da realização dos preceitos constitucionais, em detrimento do Executivo e Legislativo.

Ademais, de guardião da Constituição, o Judiciário se transformou em próprio senhor da Constituição ao interpretá-la conforme entende, promovendo dessa forma uma desvinculação desse Poder com a norma que foi debatida, votada e aprovada pelos membros do

³⁵ A ampliação do rol de legitimados para proporem ações do controle concentrado de constitucionalidade pela Constituição Brasileira de 1988 foi uma delas. No entanto, é relevante comentar que há um descompasso entre a teoria e a prática no que se refere à defesa dos direitos fundamentais pelo controle concentrado de constitucionalidade. Recente pesquisa sobre o controle concentrado de constitucionalidade do Brasil permite observar que “há uma forte seletividade em termos de agentes legitimados (que fortalece o controle federativo e corporativo), combinado com uma seletividade nas decisões judiciais (que privilegiam o controle formal e o material baseado em regras de estrutura administrativa, e não na eficácia dos direitos fundamentais). Assim, o problema fundamental não é de eficiência nem de celeridade, pois importa pouco saber quantos pedidos serão julgados e quando eles serão decididos, quando existe um comprometimento estrutural do sistema com redes de seletividade que contribuem para um esvaziamento das ADIs como forma de efetivação de direitos fundamentais e garantia dos interesses públicos” (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 80). Observa-se que o controle concentrado de constitucionalidade, especificamente as ADIs, serve mais para defender interesses corporativos e institucionais do que como meio para defesa dos direitos fundamentais (COSTA; BENVINDO, 2014).

Legislativo, representantes do povo (BERCOVICCI, 2013). Assim, o Judiciário ofende também o princípio democrático, pois se coloca acima da vontade do povo substitui escolhas majoritárias realizadas pelos órgãos representativos (VIEIRA, 2008).

As decisões analisadas anteriormente confirmam isso e denunciam a desaplicação da norma jurídica vigente, de modo que “formalmente vigoram os princípios democráticos, mas, na prática, são constantemente suspensos ou violados” (BERCOVICCI, 2013, p. 327). O descompromisso com o direito positivado remove o próprio Judiciário da submissão à Constituição (MAUS, 2000) e autoriza o intérprete a decidir como bem pretende, o que permite concluir o afastamento cada vez maior do direito como norma e a transformação do direito como decisão de autoridade soberana.

O soberano, nesse contexto, diferentemente de como previa Schmitt, é encarnado na figura do Poder Judiciário, terceiro neutro, conforme mencionado anteriormente. Isto pois, é o Judiciário decide a respeito da Exceção – sobre a aplicação ou não da norma vigente. Faz isso de forma não declarada, agindo de acordo seus interesses, ou melhor, conforme pressões externas, utilizando a normalidade a serviço da exceção, respeitando a ordem jurídica vigente apenas quando convém (BERCOVICCI, 2013).

Assim, pode-se concluir pela transformação cada vez mais nítida do direito em decisão proferida pelo soberano (Poder Judiciário), que representa o terceiro poder neutro e decide sobre o Estado de Exceção, desaplicando a norma vigente quando pretende, dando a seus pronunciamentos força-de-lei, mesmo quando a única fundamentação legal existente refere-se a princípios vagos e ambíguos, que não permitem controle algum, em ofensa aos princípios da legalidade, da igualdade e segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, as alterações legislativas no código de processo civil e o advento do sistema de precedentes também fortalecem a transformação do direito como decisão, caminhando em passos largos para o sistema de *common law*, conforme afirmado pelo ex-Ministro Teori Zavascki (CANÁRIO, 2015). Ressalta-se que o sistema de precedentes no sistema anglo-saxônico caracteriza-se pelo respeito à fundamentação dos precedentes, não apenas pelo resultado final da decisão. Portanto, um grande problema que se apresenta nessa caminhada do Brasil para sistema de *common law* é adequar-se a essa tradição, visto que na prática jurídica brasileira sequer observa-se o respeito à lei jurídica vigente ou às súmulas vinculantes, que dirá às fundamentações utilizadas. Caso haja apenas uma recepção parcial de tal tradição, conforme aconteceu com o neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2009), corre-se

o risco do sistema jurídico brasileiro institucionalizar a transformação do direito em decisão emitida por autoridade soberana.

No Estado de Exceção descrito por Agamben, um dos Poderes usurpa a competência das demais esferas e passa a emitir pronunciamentos de respeito obrigatório, portanto, com força-de-lei, sob a justificativa de resguardar a segurança ou a ordem econômica (AGAMBEN, 2004). Não só, a desvinculação desse Poder com a própria ordem que o institui expõe a justificação da decisão não por seu conteúdo, mas pela autoridade que a emite (AGAMBEN, 2004), aproximando-se do modelo de Schmitt onde direito é decisão do soberano, sem precisar fundamentar-se em disposições normativas (SCHMITT, 2007).

Uma análise conjunta da teoria de Agamben e de Schmitt permite a visualização do Estado de Exceção no Poder Judiciário brasileiro em virtude de sua submissão a diretrizes econômicas, como o Documento n.º 319, alterando sua própria legislação processual em virtude disso. Isso também fica explícito nas mudanças jurisprudenciais que favorecem instituições bancárias, conforme demonstrou-se através da Súmula n.º 381 do STJ.

Se em Schmitt o soberano é aquele que decide sobre a Exceção (SCHMITT, 2006-2007), quando observa-se o Judiciário decidindo, implicitamente, sobre quais casos será ou não aplicada a ordem jurídica vigente, isso permite concluir que a figura do soberano é ocupada, no Brasil, pelo Poder Judiciário. A imagem equivocadamente despolitizada do Judiciário, visto como poder neutro e imparcial, legitima suas práticas e acentua ainda mais sua equivalência com a figura soberana proposto por Schmitt.

Além disso, o advento do neoconstitucionalismo proporciona uma justificativa formal para a desaplicação da norma prevista em detrimento da utilização de princípios, permitindo a emissão de sentenças que não fundamentam-se na lei mas, mesmo assim, de cumprimento obrigatório, portanto, possuem força-de-lei.

Por fim, o exposto nesse trabalho permite que se conclua a ocorrência do Estado de Exceção de forma não declarada pelo Judiciário, autorizando que esse Poder emita decisões judiciais válidas ainda que nitidamente contrárias à lei, mesmo sob a égide do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão deste trabalho era analisar o que permite que haja decisões contrárias à lei e, mesmo assim, elas sejam válidas, em que pese as garantias do Estado Democrático de Direito continuarem vigentes. Para investigar essa questão, primeiro foram analisadas as concepções de Direito para Kelsen e para Schmitt.

Kelsen define o Direito como norma, enquanto Schmitt conceitua o direito como decisão. Para o primeiro autor, Direito e Estado são indissociáveis, não existindo um sem o outro. Em Schmitt, a separação entre Direito e Estado é defendida porque na Exceção o Estado permanece, enquanto a ordem jurídica é suspensa - o que demonstra, a seu ver, que os dois existem independentemente. Para Schmitt a validade jurídica de uma norma reside na autoridade que a emitiu. Por outro viés, em Kelsen a norma possui sua validade por estar de acordo com a norma fundamental do ordenamento jurídico em que está inserida. Expostas essas conceituações e outras também importantes na compreensão da teoria desses autores, partiu-se para exploração da teoria do Estado de Exceção de Giorgio Agamben e possíveis demonstrações da interferência econômica na atividade jurisdicional brasileira.

Agamben defende que no Estado de Exceção a suspensão da norma vigente torna-se instrumento utilizado por um dos Poderes para exceder os limites impostos pela norma e decidir da forma que bem pretende. Essas decisões não baseiam-se na lei, mas vinculam como se lei fossem, possuindo então “força-de-lei”. Segundo este mesmo autor, nas democracias modernas a razão mais comum da ocorrência do Estado de Exceção, de forma declarada ou não, reside nas emergências/crises econômicas. Diante disso, investigou-se as mudanças legislativas ocorridas no ordenamento brasileiro após o advento do Documento n.º 319, emitido pelo Banco Mundial. Tal Documento exige que os países latino-americanos adequem seus sistemas de justiça para que o Judiciário possa favorecer o desenvolvimento econômico. Analisando as alterações feitas tanto pela Emenda Constitucional n.º 45/04 quanto pelo Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que as sugestões propostas pelo Banco Mundial foram amplamente acatadas – tudo para que se promova um espaço jurídico favorável ao desenvolvimento econômico.

Ressaltados esses pontos, o último Capítulo dedicou-se a demonstrar a desaplicação da norma pelo Poder Judiciário em casos concretos e realizar uma intersecção entre a teoria de Schmitt, a teoria do Estado de Exceção de Agamben e a realidade brasileira. Observou-se que, se é o Poder Judiciário que decide quando ou não irá ser aplicada a lei, ou seja, decide sobre a

suspensão ou não da norma, então ele é o poder soberano. Ademais, sua imagem neutra em relação aos demais poderes, como se o Judiciário fosse uma instância ausente de interferências externas e condicionada unicamente à aplicação objetiva da norma, aproxima ainda mais esse poder da figura soberana e neutra proposta por Schmitt.

Por fim, infere-se que a hipótese inicialmente apresentada se confirma. A desaplicação da norma pelo Judiciário brasileiro justifica-se em virtude da ocorrência de um Estado de Exceção não declarado pelo Poder Judiciário. É o poder de decidir quando ou não a norma será aplicada/suspensa que permite a esse Poder emitir decisões judiciais contrárias à lei vigente e mesmo assim válidas, mesmo sob o respaldo do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ARTICLE 19. **Caminhos da Transparência: A Lei de Acesso à Informação e os Tribunais de Justiça**. São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2016. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2016/05/ARTIGO-19-Caminhos-da-Transpar%C3%A2ncia-%E2%80%93-A-Lei-de-Acesso-%C3%A0-Informa%C3%A7%C3%A3o-e-os-Tribunais-de-Justi%C3%A7a.pdf>>. Acesso em julho de 2017.

BANCO MUNDIAL. **Documento Técnico n. 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para a reforma**. Washington, Banco Mundial, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014

_____, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em junho de 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia**, 5ª edição rev. atual. e modificada. - São Paulo: Atlas, 2016.

BONADIVES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em março de 2017.

_____. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em março de 2017.

_____. Decreto Lei nº 3.689, 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Decreto n.º 8.737, 3 de maio de 2016 A. **Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8737.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em maio de 2017.

_____. Lei n.º 1.079, 10 de abril de 1950. **Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Lei n.º 5.869, 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Lei n.º 8.078, 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Lei n.º 8.112, 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Lei n.º 9.099, 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em junho de 2017.

_____. Senado Federal. **Sentença. Processo de Impeachment contra Dilma Vana Rousseff.** Relator: Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Processo de Impeachment Min. Ricardo Lewandowski. Senado Federal Como Órgão Judiciário. Brasília, DF, 31 de agosto 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contradilma-rousseff>>. Acesso em junho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.547.561/SP.** Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 09 de maio de 2017. Diário da Justiça Eletrônico. **Disponível em:** <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71904380&num_registro=201501927373&data=20170516&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em junho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 297.** Brasília, DF, 12 de maio de 2004. Diário da Justiça. Brasília, 08 set. 2004. p. 129. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf>. Acesso em junho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 381**. Brasília, DF, 22 de abril de 2009. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 5 maio 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula381.pdf>. Acesso em junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 126292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em junho de 2017.

CANÁRIO, Pedro. **"Caminhamos a passos largos para o common law", afirma Teori Zavascki**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em junho de 2017.

_____, Pedro; VASCONCELLOS, Marcos de. **Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>>. Acesso em junho de 2017.

CANOTILHO, J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**: Volume I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

_____, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**: Volume II. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **"Em 10 anos, CNJ consolida sua atuação como órgão de controle do Judiciário"**. Agência CNJ de Notícias, 14 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/c66j>>. Acesso em 20 de março de 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **"Lava jato" não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>>. Acesso em junho de 2017.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais.** Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em julho de 2017.

COSTA, Flavia. **Entrevista com Giorgio Agamben.** Revista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense, Niterói, v. 18, n. 1, p. 131-136, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-80232006000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em julho de 2017.

CUNHA, Luciana Gross. **Relatório ICJBrasil, 1º semestre/2016.** São Paulo: Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em junho de 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Método, 2006.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Moro está autorizado a descumprir a Constituição?** 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/moro-esta-autorizado-a-descumprir-a-constituicao>>. Acesso em junho de 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Donald Trump assina novo decreto anti-imigração e poupa iraquianos.** Washington, 06 março de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/03/1864024-donald-trump-assina-novo-decreto-anti-imigracao-e-poupa-iraquianos.shtml>>. Acesso em março de 2017.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mar. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em junho de 2017.

JAYME, Fernando Gonzaga e PENA, Renato Nascimento. **Fatiamento do impeachment causa sua nulidade e STF deveria refazê-lo**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-17/fatiamento-impeachment-causa-nulidade-stf-deveria-refaze-lo>>. Acesso em junho de 2017.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARCELLINO JUNIOR, Júlio César; DA ROSA, Alexandre Moraes. **O Processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais.** Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latam, 2008.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos, n. 58. nov. 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Pela autoridade e coerência do Direito, Súmula 381 do STF deve ser revisada**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-12/garantias-consumo-autoridade-coerencia-direito-sumula-381-stj-revisada2>>. Acesso em junho de 2017.

PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL, SANTA CATARINA. Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Recurso nº 0003021-32.2016.4.04.8000**. Relator: Desembargador Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre, RS, 23 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>. Acesso em junho de 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **O fatiamento na punição do Impeachment**. Sem data. Disponível em: <<http://www.fd.unb.br/pt/statistics/o-fatiamento-na-punicao-do-impeachment>>. Acesso em junho de 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em junho de 2017.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 37ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo: LeYa, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/senso-incomum-breve-ranking-decisoes-fragilizaram-direito-2016>>. Acesso em junho de 2017.

_____, Lênio Luiz. **Condução coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional>>. Acesso em junho de 2017.

_____, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Lênio Luiz. **Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê?**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-12/garantias-consumo-autoridade-coerencia-direito-sumula-381-stj-revisada2>>. Acesso em junho de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em junho de 2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Justiça confirma licença-paternidade de 180 dias a pai de gêmeas**, 2017. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12780>. Acesso em junho de 2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **TRF4 mantém arquivamento de representação contra juiz Sérgio Moro, 2016. Disponível em:** <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12276>. Acesso em junho de 2017.

VASCONCELLOS, Marcos de; RODAS, Sérgio. **Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>>. Acesso em junho de 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revistas Direito GV, São Paulo. Vol .4 n.2. jul/dez 2008, pp. 441-464.

ZANIN, Luciana Guaragni. **Decisão inédita: licença-paternidade de 180 para pai de gêmeos, 2017**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57472/decisao-inedita-licenca-paternidade-de-180-dias-para-pai-de-gemeos>>. Acesso em junho de 2017.